

Der ländliche Einung nach den zürcherischen Rechtsquellen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

Oscar Vogel

von Zürich und Schaffhausen

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr

Der ländliche Einung nach den zürcherischen Rechtsquellen



Der ländliche Einung nach den zürcherischen Rechtsquellen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

Vorgelegt von

Oscar Vogel

von Zürich und Schaffhausen

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Juli 1952.

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel

Meiner lieben Mutter



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Vorwort

Es war mein hochverehrter Lehrer, Herr Prof. Dr. Hans Oppikofer, der in mir die Liebe zur Rechtsgeschichte wachgerufen und der mich auch für mein Dissertationsthema auf die zürcherischen Rechtsquellen hingewiesen hatte. Den Fragen nach der Entwicklung der Gemeinden und der Gemeindeautonomie, zu deren Beantwortung meine Arbeit ein bescheidener Beitrag sein möchte, hatte er sein letztes Seminar gewidmet. Nach seinem unerwartet frühen Hinschied habe ich dann in Herrn Prof. Dr. Hans Fehr wieder einen hochgeschätzten, liebenswürdigen und verständnisvollen Lehrer finden dürfen, dem ich manchen wertvollen Hinweis verdanke und der meine Arbeit wohlwollend prüfte.

Im weiteren darf ich dem ausgezeichneten Kenner der zürcherischen und der schweizerischen Rechtsquellen überhaupt, Herrn Privatdozent Dr. Paul Kläui, für viele Auskünfte und manch klärende Besprechung danken. Den Beamten des Staatsarchivs Zürich, insbesondere dem wissenschaftlichen Assistenten des Staatsarchivars, Herrn Dr. Werner Schnyder, danke ich für gerne gewährte Erleichterungen und Hinweise bei der Benützung der Quellen. Frau Dr. Elisabeth Brock-Sulzer nahm die beschwerliche Arbeit einer stilistischen Durchsicht mit großer Liebenswürdigkeit auf sich, wofür ich ihr dankbar verbunden bin.

Für einen großzügig gewährten Druckkostenbeitrag bin ich endlich der Moser-Nef-Stiftung, Bern, ihrem Stifter, Herrn Dr. Carl Moser-Nef, St. Gallen, und den Mitgliedern des Stiftungsrates zu tiefem Dank verpflichtet.

Oscar Vogel

Inhaltsverzeichnis

Quellen und Literatur	7
---------------------------------	---

Einleitung

<i>Der Einung als Gegenstand der Rechtsgeschichte</i>	19
Definition 19. Die Darstellung des Einungs durch F. von Wyß 19.	
Merkmale dieser Darstellung 20. Häufige Nichterwähnung (z. B.	
O. v. Gierke) 21. Die verschiedenen Auffassungen des Einungs: G.	
L. von Maurer 22. F. Thudichum 23. K. Lamprecht 23. Beiläufige	
Erwähnung bei P. Schweizer und U. Stutz 24. G. Goetz, K. Wei-	
mann 24. V. Ernst 25. K. S. Bader 26. H. Wießner 28. H. Renne-	
fahrt 28. Die Situation der Forschung 29. Die Aufgabe der vor-	
liegenden Untersuchung 30.	

1. Kapitel

<i>Der Einung in den Rechtsquellen</i>	32
Schwierigkeiten der Überlieferung für den Einung 32.	
I. Die Zuständigkeitsordnung in den Offnungen	33
1. Zwischen Gemeinde und Herrschaft 33, im allgemeinen 33. Höhe	
der Bußen 34. Herrschaftlicher Einzug der Bußen 35. Teilung der	
Bußen 35. — 2. Interne Zuständigkeitsordnung der Gemeinde 35,	
diese in der externen aufgehoben 36.	
II. Das Verhältnis des Einungs zur Offnung	37
Offnung enthält Gewohnheitsrecht, Einung ist gesetztes Recht 37.	
Gilt der Einung nur im Rahmen der Offnung? 38.	
III. Offnungsfamilien	39
Begrenzte Fragestellung 39. Offnungen der Propstei Zürich 40, der	
Abtei Zürich 41, des Stiftes Embrach 42, des Stiftes Wettingen 43,	
Kiburgs 44, der Stadt Zürich 44.	
IV. Die Offnungen der verschiedenen Rechtskreise im Dorf . .	45
Grundherrliche und gerichtsherrliche Offnungen 45. Bestimmungen	
über den Einung finden sich regelmäßig in der Offnung des Zwing-	
und Bannherrschaft 47.	
V. Der Anteil der Gemeinde an den Normen über den Einung .	48
Ausdruck der Interessen der Gemeinde 49. Beispiel eigentlicher	
Gemeindebestimmung 50. Geringer Anteil will für die im Einung	
manifestierte Selbständigkeit nichts besagen 50.	

2. Kapitel

<i>Der Begriff des Einungs</i>	52
I. Das Wort «Einung»	52
II. Die Bedeutung des Wortes «Einung»	53
Übereinkunft 53. Vielfalt der Bedeutung 54. Einung = Buße 55. Bezogenheit von Buße und Bann 56. «Einung setzen» bedeutet: Aufstellen eines Verbotes und Festsetzen einer Buße 57. Einung = Bann 58.	
III. Das Verhältnis des Einungs zu Zwing und Bann	58
Schaffung des Begriffs 58. Bezogenheit zu Zwing und Bann in den Quellen 59. Abgrenzung der Begriffe: 1. Gegenstand des Einungs ist Gebot und Verbot 60; herrschaftlich vorbehalten sind Efadengebot 60 und Holzbann 62. 2. Einung ist allgemein verbindliches Gebot 64; das entspricht der Setzung durch die Vielheit, dem Wesen der Autonomie 65. Einung ist konkretes Gebot und Verbot 66; Abstraktion mit dem Erwachsen zu Gewohnheitsrecht 66. 3. Einung ist beschränkte Bußgewalt 67. 4. Hat die Gemeinde Zwangsgewalt, d. h. Pfändungsrecht? 68. 5. Einung als Gebietsherrschaft 69, Ausnahmen davon 70.	
IV. Die rechtliche Natur des Einungs	71
Institut der Rechtsetzung 72. Übereinkunft, Einheitsprinzips aber durchbrochen durch Mehrheitsprinzip 72. Inhalt ist Selbstverpflichtung der Genossen 73 zu einem Schulden sowohl als zu einem Haften 74; der Genosse haftet dem Zwing- und Bannherrschaft mit Haus und Hof 74.	
V. Die strafrechtliche Natur des Einungs	75
Äußerer Unterschied: fehlende Abstraktheit der Norm 75. Innerer Unterschied: Strafrecht dient dem Schutz des einzelnen, Einung der Verwaltung des Dorfes 76. Parallelität von strafrechtlichen und Einungssätzen 77.	

3. Kapitel

<i>Die Ausgestaltung des Einungs</i>	78
I. Die formelle Ausgestaltung des Einungs	78
1. Die Zuständigkeit zum Setzen des Einungs: nach außen 78. Im Innern der Gemeinde: a) Gemeindeversammlung 80; Folgepflicht und Majoritätsprinzip 80 schon in den ältesten Öffnungen 82; Gründe der Erwählung 82; Demokratie wird Grenze der Autonomie 84. b) Gemeindebeamte zuständig 84; im Rahmen ihrer Aufgaben ungewöhnlich 85. Entwicklung auf die Zuständigkeit der Beamten hin 85.	

2. Das Verfahren der Einungssetzung 87. Nicht in Gerichts-, sondern in besonderen Gemeindeversammlungen 87. Anträge und Gegenanträge, Abstimmung, Verkündung 88.
3. Die Beurteilung des Bannbruches 89 durch die Gemeinde, ihre Beamten 89.
4. Die Durchsetzung des Einungs 90. Schwierigkeiten 90. Grundsätzliche Zuständigkeit der Gemeinde zum Bußeinzug, herrschaftliche Zuständigkeit nur auf Ersuchen, als Rechtshilfe 90; vorgängige Einziehung des gemeindlichen Bußenanteils, Ermessen in der Einziehung des herrschaftlichen Bußenteils 91. Durchsetzung des Rechts eines niedrigeren Rechtskreises durch den Hoheitsträger des höheren 92 mittels Vollstreckung oder mittels höherer Gebote 92. Verfahren: Pfändung 93. Zweckmäßigkeit der Verteilung der Funktionen 94. Grund des herrschaftlichen Bußenteils nicht in der Verleihung des Einungs 94; er ist Entgelt für die Durchsetzung 95.

II. Die materielle Ausgestaltung des Einungs 96

1. Bewirtschaftungs- und Bannbeschlüsse 96. Zelgenordnung und Dreifelderwirtschaft, Wegrecht und Weidgenossenschaft als Gründe der gemeinsamen Regelung 96. Unterschied und Zusammenhang von Bewirtschaftungs- und Bannbeschlüssen: gegenseitige Ausschließung 97. Zweck beider Arten: Gleichheit der Berechtigung 98. Auf Bewirtschaftungsbeschlüsse keine Buße gesetzt 98. Besonderes Zäungebot zur Durchführung des Bannes 99. Im Bannrecht verwirklicht sich die Rechtsordnung der Gemeinde 100.
2. Die Beschränkung des Einungs auf des Dorfes Nutzen 100 als Selbstbeschränkung 101, als herrschaftliche Beschränkung 101. Die materielle Grenze der Selbständigkeit der Gemeinde wird zur formellen 102.
3. Die Voraussetzung des Bußfalls: Bruch des Einungs 102. «Verschulden» bedeutet Leistensollen 102. Exkulpation nur als Ausnahmefall 103. Schadenersatz unabhängig von Buße 104.
4. Die Verwendung der Bußen 104. Mahl der Gemeinde 104. Bewegliches Gemeindevermögen 104. Lohn der Beamten 105.
5. Beendigung des Banns durch Bewirtschaftung 105.

4. Kapitel

Die Geschichte des Einungs 106

I. Die Herkunft des Einungs 106

These der Herkunft aus dem herrschaftlichen Rechte 106 wird nicht durch «altes Herkommen» widerlegt 107; funktionelle Bedeutung dieses Hinweises 108. In germanischer Zeit kein Flurzwang 109. Ausbildung der Nutzungsordnung in den grundherrschaftlichen Siede-

lungen 109. Herkunft von Zwing und Bann 109; dessen Verschiedenheit von der Niedergerichtsbarkeit 110. Kern kann sowohl das Bannen der Flur wie die Gerichtsherrlichkeit sein 110. Zwing und Bann als hoheitliche Gewalt im Dorfbezirk 111 ist von Anfang an herrschaftlich 112. Einung ist jüngere Differenzierung der Zwing- und Banngewalt, durch das Spiel der wirtschaftlichen Kräfte begründet 113. Zeit der Differenzierung 12. Jh. 114. Offen bleibt, ob im Einung ein Wiederbeginn oder ein erster Beginn dörflicher Selbständigkeit zu sehen ist 114.

- II. Die Bedeutung des Einungs für die Rechtsnatur der Gemeinde 115
 Der Einung genügt nicht zum Beweis der Körperschaftlichkeit der Gemeinde 116. Im Einung übt sie hoheitliche Funktionen aus 117. Beschlossenheit der Gemeinde in den höheren Rechtskreisen 118.
- III. Die Entwicklung des Einungsrechts unter den örtlichen Zwing- und Bannherrschaften 119
 Unverändertes Fortbestehen des Einungs 119. Anzeichen zunehmender Selbständigkeit 119. Die Entwicklung in den Öffnungen Embrach 120. Entwicklung der einzelnen Gestaltungen 123.
- IV. Die Entwicklung des Einungsrechts unter zürcherischer Obrigkeit 123
 Erwerb der Herrschaften 123. Einschränkung des Rechts durch Besonderung 124, durch gewohnheitsrechtliche Erstarrung 125. Einschränkung durch Festhalten am bisherigen Inhalt bei zunehmenden Gemeindeaufgaben 126. Erweiterung des Rechts auf das Einzelgebot durch das hinzukommende Efadengebot 126 oder durch das Eintreten ins volle Gebotsrecht des Zwing- und Bannherrn 127. Rechtsverwirklichung durch Obervogt 128. Begrenzte Bußenhöhe 128. Einschränkung durch das interkommunale Verhältnis 129.

Quellen und Literatur

1. Quellen

a) Ungedruckte

StAZ Staatsarchiv Zürich. Es wurden vor allem die Offnungen unter der Signatur A 97. 1—7 benützt, aber auch einzelne Urkunden anderer Signatur.

b) Gedruckte

Die gedruckten Quellen werden, wo nicht bessere Wiedergabe eine frühere Ausgabe auszeichnet, nach den am meisten verbreiteten und am besten zugänglichen Ausgaben zitiert, die in den beiden Bänden der «Rechtsquellen des Kantons Zürich» enthaltenen nach dieser, die übrigen möglichst nach Grimm. Die Offnungen Schwamendingen z. B. werden nach Hotz zitiert, weil dort beide Rezensionen beieinander sind, die Offnung Höngg nach Stutz, weil er den lateinischen und den deutschen Text nebeneinander abdruckt. Z = Zeile.

GW *Grimm, Jacob* Weisthümer Bde. 1 und 4 Göttingen 1840, 1863.

Hotz *Hotz, J. H.* Zur Geschichte des Großmünsterstifts Zürich und der Mark Schwamendingen vom 9.—19. Jh. o. J. (Quellenband).

Pestalutz *Pestalutz, Jakob* Vollständige Sammlung der Statute des Eidgenössischen Cantons Zürich 2 Bde. Zürich 1834/39.

RQ *Hoppeler, Robert* Die Rechtsquellen des Kantons Zürich Erster Teil: Offnungen und Hofrechte Bde. 1 und 2 (Sammlung schweiz. Rechtsquellen 1. Abt.) Aarau 1910/15.

Schauberg B *Schauberg, Joseph* Beiträge zur Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege 19 Bde. Zürich 1842 ff.

Schauberg Z *Schauberg, Joseph* Zeitschrift für noch ungedruckte schweiz. Rechtsquellen Bd. 1 Zürich 1844.

Stutz RQ *Stutz, Ulrich* Die Rechtsquellen von Höngg. Basel 1897.

ZSR 4 b *Ott, F.* Rechtsquellen des Cantons Zürich B. Quellenstücke Basel 1855.

- ZStB *Zeller-Werdmüller, H. und Nabholz, Hans* Die Zürcher Stadtbücher des 14. und 15. Jh. 3 Bde. Leipzig 1899–1906.
- ZUB *Urkundenbuch der Stadt und Landschaft Zürich* bearb. von J. Escher, P. Schweizer und Paul Kläui 12 Bde. 1888 bis 1939.

2. Literatur

- Adel und Bauern* im deutschen Staat des Mittelalters, hg. von Th. Mayer. Leipzig 1943.
- Alleman, Oskar* Die Gerichtsherrschaft Weiningen-Öttil 1130—1798 (Schweiz. Studien zur Geschichtswiss. N.F. 13). Zürich 1947.
- Bader, Karl Siegfried* Der Schwäbische Untergang. Studien zum Grenzrecht und Grenzprozeß im Mittelalter. Freiburger rechtsgesch. Abh. IV. Freiburg i. B. 1933.
- Das badisch-fürstenbergische Kondominat im *Prechtal*. Beiträge zur oberrhein. Rechts- und Verfassungsgeschichte Heft 1. Freiburg i. B. 1934.
- Der deutsche *Südwesten* in seiner territorialstaatlichen Entwicklung. Stuttgart 1950.
- Becker, Erich* Gemeindliche Selbstverwaltung 1. Teil: Grundzüge der gemeindlichen Verfassungsgeschichte. Berlin 1941.
- Bindschedler, Carl* Geschichte der Gemeinde Männedorf mit bes. Berücksichtigung des 19. Jh. bis auf die Gegenwart. 1938.
- Bluntschli, Johann Caspar* Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich. 2 Bde. 2. A. Zürich 1856.
- Brunner, Otto* Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter. München 1942.
- Bütikofer, Gottfried* Die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden. Ein Beitrag zur Lehre von der Gemeindeautonomie unter bes. Berücksichtigung des zürcherischen Rechts. Diss. Zürich 1950.
- Dändliker, Karl* Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich. 3 Bde. Zürich 1908—12.
- Dopsch, Alfons* Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung aus der Zeit von Caesar bis auf Karl den Großen. Wien 1923/24.
- *Herrschaft und Bauer* in der deutschen Kaiserzeit, Unters. zur Agrar- und Sozialgeschichte des hohen Mittelalters mit bes. Berücksichtigung des südostdeutschen Raumes. Jena 1939.

- Ernst, Viktor* Die Entstehung des *niederer Adels*. Berlin 1916.
- *Mittelfreie*. Ein Beitrag zur schwäbischen Standesgeschichte. Stuttgart 1920.
- Die Entstehung des deutschen *Grundeigentums*. Stuttgart 1926.
- Faesch, Joseph* Die Waldrechte der Hubengenossenschaft Schwamendingen. Diss. Zürich 1930.
- Fehr, Hans* Deutsche Rechtsgeschichte, 4. A. Berlin 1948.
- Fleiner, Fritz* Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A. Zürich 1939.
- Frey, Karl* Wollmatingen, Beiträge zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte eines alamannischen Dorfes. Deutschrechtl. Beiträge, hg. Beyerle. Heidelberg 1910.
- Ganz, Werner* Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte des Großmünsterstiftes in Zürich. Diss. Zürich 1925.
- Gasser, Adolf* Entstehung und Ausbildung der *Landeshoheit* im Gebiete der schweiz. Eidgenossenschaft. Aarau 1930.
- *Gemeindefreiheit* als Rettung Europas, Grundlinien einer ethischen Geschichtsauffassung. Basel 1943.
- Geiger, Willi* Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweiz. Recht. Diss. St. Gallen 1950.
- Gemeindeautonomie*, Die Veröff. der schweiz. Verwaltungskurse an der Handelshochschule St. Gallen, Bd. 6. Einsiedeln 1946.
- Giacometti, Zaccharia* Das Staatsrecht der schweiz. Kantone. Zürich 1941.
- Gierke, Otto* Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde. Berlin 1868–1912.
- Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht insbes. die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte. Unters. zur dtn. Staats- und Rechtsgesch., hg. Gierke, 100. Heft. Breslau 1910.
- Über die Geschichte des Majoritätsprinzips in: Essays in Legal history edited by Paul Vinogradoff. London 1913.
- Glitsch, H.* Untersuchungen zur mittelalterlichen Vogtgerichtsbarkeit. Bonn 1912.
- Goetz, Georg* Niedere Gerichtsbarkeit und Grafengewalt im badischen Linzgau während des ausgehenden Mittelalters. Ein Beitrag zur ländl. Verfassungsgesch. Schwabens. Unters. zur dtn. Staats- und Rechtsgesch., hg. Gierke, 121. Heft. Breslau 1913.
- Günther, Arno* Sind die Weistümer genossenschaftlich entstanden oder von der Herrschaft oktoziert? Diss. Erlangen 1936.
- Heusler, Andreas* Institutionen des deutschen Privatrechts, 2 Bde. (in Bindings Handbuch der dtn. Rechtswiss.). Leipzig 1885/6.

- Hoppeler, Robert* Das Kollegiatstift St. Peter in Embrach, 2 Teile. Mitt. der Antiquarischen Ges. Zürich, Bd. 29, Hefte 1 und 2. Zürich 1921.
- Huber, Eugen* System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, Bd. 4. Basel 1893.
- von Inama-Sternegg, Karl Theodor* Deutsche Wirtschaftsgeschichte, 3 Bde. Leipzig 1879—1901.
- Kläui, Paul* Die Gerichtsherrschaft *Flaach*-Volken. Diss. Zürich 1932.
- *Beiträge zur Verfassungsgeschichte des Mittelalters*. Zürich 1946.
- Knapp, Theodor* *Gesammelte Beiträge zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte vornehmlich des deutschen Bauernstandes*. Tübingen 1902.
- *Neue Beiträge zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte des württembergischen Bauernstandes*, 2 Bde. Tübingen 1919.
- Kollnig, Karl Rudolf* Elsässische Weistümer. Untersuchungen über bäuerliche Volksüberlieferung am Oberrhein. Frankfurt a. M. 1941.
- Kühn, Johannes* Zur Kritik der Weistümer, in Festgabe Gerhard Seeliger 29—50. Leipzig 1920.
- Kündig, Ernst Albert* Die zürcherischen Civilgemeinden. Diss. Zürich 1917.
- Kunz, Erwin W.* Die lokale Selbstverwaltung in den zürcherischen Landgemeinden im 18. Jh. Diss. Zürich 1948.
- Lamprecht, Karl* Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter, Bde. I 1—2 Darstellung. Leipzig 1886.
- von Maurer, Georg Ludwig* *Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt*. München 1854.
- *Geschichte der Markenverfassung in Deutschland*. Erlangen 1856.
- *Geschichte der Fronhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland*, 4 Bde. Erlangen 1862/63.
- *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, 2 Bde. Erlangen 1865/66.
- Meier, Ulrich* Geschichte der Gemeinden Rorbas, Freienstein, Teufen. Bülach 1924.
- Meyer, Ernst* Die Nutzungskorporationen im Freiamt. Diss. Zürich 1919.
- Osenbrüggen, E.* Das Gemeindewesen der Schweiz. Baltische Monatschrift 12 (1865), 50—82.
- Partsch, Gottfried* Die Steuern des Habsburger Urbars (1303—1308), Beiheft Nr. 4 der ZSG. Zürich 1946.
- Patzelt, Erna* Entstehung und Charakter der Weistümer in Österreich. Wien 1924.

- Pedotti, Göri* Beiträge zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Gemeinden, der Gemeindeaufgaben und des Gemeindevermögens im Kanton Graubünden. Diss. Zürich 1936.
- Rennefahrt, Hermann* Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, 4 Teile, Abh. zum schweiz. Recht, Hefte 34, 66, 81, 114. Bern 1928—1936.
- Schöningh, Heinrich* Der Einfluß der Gerichtsherrschaft auf die Gestaltung der ländlichen Verhältnisse in den niederrheinischen Territorien Jülich und Köln im 14. und 15. Jh. Diss. Bonn 1905.
- Schollenberger, J.* Grundriß des Staats- und Verwaltungsrechts der schweiz. Kantone, 3 Bde. Zürich 1898—1900.
- Schweizer, Paul* Beschreibung, Geschichte und Bedeutung des Habsburger Urbars, Quellen zur Schweizer Geschichte 15, Zürich 1904.
- Seeliger, Gerhard* Die soziale und politische Bedeutung der Grundherrschaft im früheren Mittelalter. Abh. der kgl. sächs. Ges. der Wissenschaften phil.-histor. Klasse, Bd. 22, Nr. 1. Leipzig 1904.
- Stahel, Arnold* Gemeindebürgerrecht und Landrecht im Kanton Zürich. Diss. Zürich 1941.
- Steinbach, Franz* Geschichtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland unter Mitwirkung von *Erich Becker*, Rheinisches Archiv 20. Bonn 1932.
- Steinemann, Hans* Geschichte der Dorfverfassungen im Kanton Zürich. Diss. Zürich 1932.
- Strickler, Joh.* Geschichte der Gemeinde Horgen nebst Hirzel und Oberrieden. Horgen 1882.
- Thudichum, Friedrich* Die Gau- und markverfassung in Deutschland. Gießen 1880.
- Weimann, Karl* Das tägliche Gericht. Ein Beitrag zur Geschichte der Niedergerichtsbarkeit im Mittelalter. Unters. zur dtn. Staats- und Rechtsgeschichte, hg. Gierke, 119. Heft. Breslau 1913.
- Wießner, Hermann* *Sachinhalt* und wirtschaftliche Bedeutung der Weistümer im deutschen Kulturgebiet. Veröff. des Seminars für Wirtschafts- und Kulturgeschichte 9/10. Wien 1934.
- *Twing und Bann* Eine Studie über Herkunft, Wesen und Wandlung der Zwing- und Bannrechte. Wien 1935.
 - *Beiträge zur Geschichte des Dorfes und der Dorfgemeinde in Österreich*, Archiv f. vaterländ. Geschichte und Topographie, Bd. 30. Klagenfurt 1946.
- Winkler, Jakob* Beiträge zur Rechtsgeschichte von Seebach. Diss. Zürich 1925.

von Wyß, Friedrich Abhandlungen zur Geschichte des schweizerischen öffentlichen Rechts. Zürich 1892.

Zimmermann, Fritz Die Rechtsnatur der altbayerischen Dorfgemeinde und ihrer Gemeindennutzungsrechte an Hand von Quellen aus dem Bayerischen Wald (Gericht Viechtach). Straubing 1950.

3. Zeitschriften

Alemannia	<i>Alemannia</i> Zeitschrift für Geschichte, Heimat- und Volkskunde Vorarlbergs, var. loc. 1871 ff.
ArchöG	Archiv für österreichische Geschichte. Wien 1865 ff.
MIÖG	Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, var. loc. 1880 ff.
SBAG	Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte. Aarau 1943 ff.
VSWG	Vierteljahrsschrift für Social- und Wirtschaftsgeschichte. Leipzig 1903 ff.
WürttVL	Württembergische Vierteljahrshefte für Landesgeschichte, Stuttgart A.F. 1878—1891, N.F. 1892—1936, Forts. s. Zeitschrift f. württ. Landesgeschichte.
ZGO	Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins. Karlsruhe A.F. 1850—1885, N.F. 1886 ff.
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung. Weimar 1880 ff.
ZSG	Zeitschrift für Schweizer Geschichte. Zürich 1921 ff.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht. Basel A.F. 1852 bis 1881, N.F. 1882 ff.
ZWürttL	Zeitschrift für württembergische Landesgeschichte. Forts. der Württ. Vierteljahrshefte f. Landesgeschichte. Stuttgart 1937 ff.

Der Einung als Gegenstand der Rechtsgeschichte

Der ländliche Einung¹ war der Bann, den die mittelalterliche Landgemeinde durch Mehrheitsbeschluß über ihre Fluren und Wälder legte. Er hatte den Zweck, die Landwirtschaft zu regeln und die Gleichberechtigung der Genossen am Gemeinland durchzuführen. Der Einung ist also eine Form der Rechtsetzung. Das Einungsrecht der Gemeinde war eine Rechtsetzungsbefugnis, die aus Zwing und Bann abgeleitet worden war.

Der Begriff des ländlichen Einungs ist der Rechtsgeschichte seit *Friedrich von Wyß* bekannt². Trotzdem verstehen nicht alle Forscher dasselbe unter dem Worte «Einung». Insbesondere die Einzelheiten des Instituts stehen durchaus nicht fest. Über die Herkunft werden verschiedene Auffassungen vertreten. So ist es Aufgabe dieser Untersuchung, die Rechtsquellen eines geographisch eng beschränkten Gebiets für die Fragen nach Begriff, Ausgestaltung und Herkunft des Einungs zu erschöpfen. Dieses Gebiet ist deshalb der Kanton Zürich, weil sich mir die Frage nach dem Einung beim Studium der zürcherischen Rechtsquellen stellte. Doch wie die meisten Institute der Rechtsgeschichte weit verbreitet sind, so trifft man auch den Einung nicht nur in deutschschweizerischen, sondern auch in österreichischen, süddeutschen, niederrheinischen Rechtsquellen.

Die Forschung auf dem Gebiete der ländlichen Rechtsverhältnisse war durch die Gesichtspunkte der Markgenossenschaft, der Grund- und der Gerichtsherrschaft bestimmt. Das ist der Grund dafür, daß ein anderer Gesichtspunkt — derjenige der Gemeindeentwicklung — meistens außer Acht gelassen wurde. Das gilt in besonderem Maße für die deutsche

¹ Obwohl alle im folgenden zitierten Autoren das Wort «Einung», wenn es bei ihnen überhaupt in der Einzahl vorkommt, als Femininum gebrauchen, verwende ich es um der Einheitlichkeit der Darstellung willen auch in dieser Übersicht schon als Maskulinum. Zur Begründung des maskulinen Gebrauchs hinten 52.

² Sein Aufsatz «Die Schweizerischen Landgemeinden in ihrer historischen Entwicklung» erschien zuerst in ZSR 1 (1852) Heft 1 20—84, Heft 2 3—74, vgl. N 4.

Forschung 3. Ein Zürcher Forscher, *Friedrich von Wyß*, hat mit seiner Abhandlung «Die schweizerischen Landgemeinden in ihrer historischen Entwicklung»⁴ den Grund für die Erforschung der Gemeindegeschichte gelegt. Es ist nötig, die Darstellung, welche von Wyß vom Einung gab, im Wortlaut wiederzugeben, weil sie für die Folge von nachhaltigem Einfluß gewesen ist. Von Wyß spricht von den Wiederranfängen korporativer Selbständigkeit der Gemeinden im 15. und 16. Jahrhundert und führt dann aus:

Entschiedener tritt die sich anbahnende Selbständigkeit der Gemeinden in dem «der gebursami» von der Herrschaft eingeräumten Rechte hervor, selbst «Einungen» zu setzen über Steg und Weg, Umzäunungen, Zeit der Ernte und des Heuens, Zeit, Umfang und Ort der Weidnutzung, Bezug, Austheilung, Verkauf des Holzes, ferner eigenmächtige Beeinträchtigung der gemeinen Nutzung durch Einzäunen, Einschlagen von Land zu hindern, u.s.f. Dabei wird oft ausdrücklich das Prinzip anerkannt, daß, was die Mehrheit beschließt, gelten und die Minderheit ihr folgen solle. Nur selten werden zwei Dritttheile der Stimmen für Gültigkeit der Beschlüsse verlangt. Auf Nichtbefolgung der Einungen kann die Gemeinde Buße setzen, von der gewöhnlich zwei Dritttheile an die Gemeinde, ein Dritttheil an den Herrn fällt. Indessen kommt auch vor, daß die Bußen zur Hälfte oder auch ganz dem Herrn gehören sollen, und es wird zuweilen bestimmt gesagt, es stamme diese Buße aus dem Rechte des Grundherrn oder Vogtes, und die Befugnis Buße zu verhängen werde in seinem Namen ausgeübt. Das Recht bei Buße zu gebieten wird abgeleitet aus Concession oder Verleihung von Seite des Herrn. Es stammt aus dem Tving und Bann des Herrn, der aber dessenungeachtet fortbesteht. Die Einungen haben ihre Schranke in dem bald enger, bald weiter gezogenen Umfange der Gewährung des Herrn, und seine Genehmigung, die freilich auch stillschweigend ertheilt sein kann, ist erforderlich. Ausdrücklich kann Mitwirkung des Beamten des Herrn vorgeschrieben sein⁵.

Zu dieser Darstellung durch von Wyß ist Verschiedenes zu bemerken. Zuerst fällt auf, daß fast alles, was von Wyß sagt, unmittelbar den Quellen abgelauscht ist. Das ist überhaupt das Geheimnis der Abhandlungen dieses Rechtshistorikers; ihre Quellennähe ist der Grund dafür, daß sie bis in viele Einzelheiten heute noch gültig sind. Man achte nur darauf, wie einzelne Formulierungen — z. B. «Einungen zu setzen über Steg und Weg»; daß «die Minderheit der Mehrheit folgen solle» — eigentliche Übersetzungen des Quellentextes in die Schriftsprache sind. In engem

³ So K. S. Bader *Zwürttl* I (1937) 267 ff.

⁴ Vgl. N 2; in erweiterter Fassung in die «Abhandlungen zur Geschichte des schweizerischen öffentlichen Rechts» Zürich 1892 1—160 aufgenommen, Zitate nach dieser Ausgabe.

⁵ Abhandlungen 45 f.

Zusammenhang mit dieser Beobachtung steht die zweite, daß von Wyß nach Möglichkeit mit den quellenmäßigen Begriffen arbeitet und nicht darnach strebt, sie allgemeinen, in der modernen Dogmatik gebräuchlichen Begriffen zu unterstellen. So spricht er nur vom Recht der Gemeinde, Einungen zu setzen, und legt diesen Ausdruck nicht darauf fest, daß er eine Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinde bedeute, wie wir es in der vorausgeschickten Umschreibung getan haben (einer Umschreibung, die ein Teilergebnis der folgenden Untersuchung vorwegnimmt). Das ist eine quellenmäßige Feststellung, über die an sich — es sei denn über den sachlichen Umfang, den er dem Einung einräumt — keine Auseinandersetzung möglich ist. Wo von Wyß hingegen die Aussagen der Quellen mit nicht quellenmäßigen Rechtsbegriffen zu erfassen trachtet, da gibt er Anlaß zur wissenschaftlichen Diskussion. So zum Beispiel wenn er aus vereinzelt Zeugnissen, welche ausdrücklich sagen, daß der Einung aus dem Zwing und Bann des Herrn stamme, allgemein folgert, er sei «aus Concession oder Verleihung von Seite des Herrn» abgeleitet⁶. — Die dritte Bemerkung endlich zu der Auffassung des Einungs durch von Wyß, ist nur eine Folgerung aus den ersten beiden. Weil er die Quellen selbst sprechen läßt und ihre Begriffe nicht an allgemeinen Rechtsbegriffen mißt, ist seine Auffassung des Einung nicht sehr viel deutlicher, als es die Quellen selbst sind. Was dieses Institut, rechtlich gesehen, ist, was es eigentlich zum Inhalt hat, bleibt offen. Es wird allerdings klar, daß die Gemeinde dieses Recht aus Zwing und Bann des Herrn erwirbt; wie aber im ganzen das Verhältnis zwischen Zwing und Bann einerseits und Einung andererseits verstanden werden muß, bleibt undeutlich. Dem Vorteil der Gültigkeit, den die quellenmäßige Darstellung hat, gesellt sich der Nachteil, daß das rechtliche Verständnis zu kurz kommt. Auch dieser Mangel wirkt sich in der Folge aus.

Bedenkt man, welchen Umfang die Literatur über die ländlichen Rechtsverhältnisse hat, so ist man überrascht zu entdecken, daß darin vom Einung meistens nicht die Rede ist. So selbst bei *Otto von Gierke*, der nur im allgemeinen davon spricht, daß die Verwaltung der Hofge-

⁶ Das Zeugnis, das von Wyß dafür beibringt, ist die O. des Klosters Rheinau, Schauberg Z 152 Art. 24, wo es heißt: «das (das Recht zu Einungen) hand sy von Tugenden und von gnaden von einem abbt und von ain gotzhuss». Es steht in dieser Ausführlichkeit ganz allein und wird gerade wegen dieser Ausführlichkeit unter den Gesichtspunkten der Weistumskritik verdächtig: vielleicht behauptet in dieser Weise der Zwing- und Bannherr, er habe den Dörfern ein Recht verliehen, um die Oberaufsicht über ein ursprüngliches Recht der Dorfgenossenschaft sich anzumaßen. Aber von Wyß kannte die Weistumskritik noch nicht. Vgl. hinten 107.

meinde zwischen Herrschaft und Gemeinde geteilt war ⁷, und ausführt, daß die grundsätzlich bestehende Gemeindeautonomie einzig durch entgegenstehendes herrschaftliches Recht eingeschränkt war ⁸.

Wird aber der Einung erwähnt, so geschieht dies nur beiläufig, in einem größeren Zusammenhang. Für *Georg Ludwig von Maurer* stand fest, daß die mittelalterliche Dorfgemeinde völlig autonom war. Ursprünglich kam die ganze ungeteilte Gewalt der Markgemeinde oder der Dorfgemeinde zu ⁹. «Das Recht der Gemeinde, in Dorfmarkangelegenheiten zu *bannen*, d. h. bei Strafe zu gebieten und zu verbieten, verstand sich gewissermaßen von selbst» ¹⁰. Dieses Bannrecht erfaßt nun von Maurer (anders als von Wyß) unter dem allgemeinen Begriff der «Gesetzgebung». Denn «dieses Bannrecht der Gemeinde erstreckte sich . . . außer den Angelegenheiten der Feld- und Markgemeinschaft auch noch auf alle übrigen Angelegenheiten der Gemeinde» ¹¹. Wir hätten also eine sachlich unbeschränkte Gesetzgebungsgewalt der Dorfgemeinde vor uns, eine Gesetzgebungsgewalt, die nicht nur die Dorfgenossen, sondern auch den Schirmherrn oder den obersten Herrn der Mark verpflichtete ¹². Wenn von Maurer diese Gesetzgebungsbefugnis durchwegs als «Bannrecht» bezeichnet, so behält er das Wort «Einung» der Bezeichnung der Buße vor, welche die Gemeinde auf die Übertretung ihrer Gebote setzt ¹³. So nannte man die Buße, «weil sie auf einer Einigung oder Übereinkunft der Gemeinde beruhte» ¹⁴. Die Bußen wurden ursprünglich unter den Dorfgenossen verteilt oder vertrunken ¹⁵; die Herrschaft hatte damals keinen Anteil an den Markbußen; deshalb ist es, wenn die Quellen sagen, der Herrschaft komme ein Teil der Bußen zu, ein Beweis dafür, daß die Herrschaft sich in späterer Zeit die Gewalt in der Gemeinde anzumaßen suchte ¹⁶. — Wir sehen, von Maurers Auffassung des Einungs ist von

⁷ Das deutsche Genossenschaftsrecht I 1868 170.

⁸ a. a. O. I 621 f.; vgl. hinten 54 über die Verschiedenheit unseres Einungsbegriffs vom Gierke'schen.

⁹ Geschichte der Markenverfassung in Deutschland 1856 269.

¹⁰ Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland 1856/66 II 91.

¹¹ Dorfverfassung II 93.

¹² Markenverfassung 269 f., 307.

¹³ Diese Unterscheidung verläßt v. Maurer aber, wenn er sagt: «Und alle diese Gebote, Verbote, Willküren, Einungen, uniones und wie diese Verfügungen sonst noch genannt wurden, mußten bei Strafe vollzogen werden» Markenverfassung 307.

¹⁴ Dorfverfassung II 92; Markenverfassung 275. Vgl. hinten 52 bei N 6.

¹⁵ Markenverfassung 275 ff.

¹⁶ Markenverfassung 278 f.

seinem Dogma bestimmt, die Markgemeinde habe volle Autonomie besessen. Diese seine Lehre ist seit langem widerlegt; damit sind auch an seiner Auffassung des Einungs manche Berichtigungen anzubringen. Bemerkenswert ist aber vor allem die terminologische Unterscheidung von Bannrecht und Einung, die doch nicht vollständig durchgeführt werden kann¹⁷, und die Anwendung des Begriffes «Gesetzgebung» auf dieses Bannrecht.

Friedrich Thudichum kommt im Zusammenhang des Märkerdings kurz auf den Einung zu sprechen. Die versammelten Märker «vereinbarten, wie wasser wälder und weiden von jedem genutzt werden durften, wie viel holz z. b. im nächsten jahr jeder erhalten, welche wälder gehegt und wie die übertreter einer solchen vereinbarung oder einung bestraft werden sollten»¹⁸. Auch die Buße wurde Einung genannt¹⁹. — Das ist wieder eine Auffassung, die näher bei den Quellen bleibt: der Einung wird ganz unbestimmt als «Vereinbarung» bezeichnet; für den sachlichen Umfang dieser Vereinbarungen zählt Thudichum die einzelnen Gegenstände auf, wie die Offnungen es tun; er erweitert ihn nicht — wie v. Maurer — zu einer allgemeinen Einungsbefugnis. Den Begriff des Bannes braucht er nicht.

Karl Lamprecht ist dem Einung in Rechtsquellen des Moselgebiets begegnet²⁰. Die wirtschaftlichen Vergehen bildeten eine besondere Kategorie, für welche die Hunddinge bzw. die Zentdinge zuständig waren. «Das Strafmaß beruhte ursprünglich auf der freien Vereinbarung der Markgenossen; darum hieß die Strafe Einung, unio.» Bald aber wurden die Markverbrechen von den besonderen Markgedingen weg in den Bereich der für die gemeinen Verbrechen zuständigen Gerichte gezogen. Das hatte eine bedeutsame Folge: «Die ursprünglich universal angelegten autonomen Verbände zur Vertretung des nationalen Wirtschaftslebens überhaupt verwandelten sich allmählich in eng begrenzte Korporationen für die gemeinsame Regelung agrarischer Interessen»²¹. Hier zeigt sich, daß auch Lamprecht den in Weistümern des 14. und 15. Jahrhunderts bezeugten Einung auf eine ursprüngliche Markgenossenschaft (die Hundertschaft oder die Zent) zurückbezieht. Daß die Selbständigkeit der mittelalterlichen Gemeinde auf die rein landwirtschaftlichen Aufgaben beschränkt erscheint, erklärt er mit der Bildung und Stärkung der herr-

¹⁷ S. N 13.

¹⁸ Die Gau- und markverfassung in Deutschland 1880 138.

¹⁹ a. a. O. 138 N 1.

²⁰ Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter I 1 306 ff.

²¹ a. a. O. 308.

schaftlichen Gewalten. So ist Lamprecht der markgenossenschaftlichen Doktrin verpflichtet.

Ganz beiläufig streifen *Paul Schweizer* und *Ulrich Stutz* die Frage des Einungs bei der Besprechung des Habsburger Urbars. Sie stützen sich dabei offensichtlich auf die Darstellung v. Wyß²¹; trotzdem weicht aber Stutz von der von Wyß'schen Konzeption in einem wesentlichen Punkte ab²².

Mit einem Hinweis auf die Darstellung durch von Wyß begnügt sich *Georg Goetz*²³. Mit den angeführten Einungsbelegen will er nur den Wiederbeginn kommunaler Selbständigkeit bezeugen. — Hingegen kannte — nach den Anmerkungen zu schließen — *Karl Weimann* die von Wyß'

²² *Paul Schweizer* Beschreibung, Geschichte und Bedeutung des Habsburger Urbars 1904 550 weist darauf hin, daß z. B. nach der Öffnung Büntzen nur ein Teil der Einungsbuße der Herrschaft zukam; das beziehe sich allerdings «auf landwirtschaftliche Einungen, also Twing und Bann»; trotzdem glaubt er vermuten zu dürfen, es wäre ganz analog möglich gewesen, daß der Dieb- und Frevelgerichtsherr (Habsburg) von den Frevelbußen nur einen Teil tatsächlich erhalten habe und daß die Gemeinde an den Frevelbußen teilgehabt hätte. Solche Beschränkungen der Frevelgerichtsbarkeit wären aus dem Urbar nicht ersichtlich. Vor allem sind aber Beschränkungen des Zwings und Banns aus dem Urbar nicht ersichtlich; eine solche Beschränkung wäre z. B. die in der O. Embrach bezeugte Flurgerichtsbarkeit der Dorfmeier (619). — Während Schweizers erste Vermutung, die Frevelgerichtsbarkeit könnte durch Gemeinderechte beschränkt sein, mit diesen Rechten jedenfalls nicht den Einung meinen kann, trifft seine zweite Vermutung, wie wir sehen werden, zweifellos zu: der Einung beschränkt das allgemeine Gebots- und Verbotsrecht des Zwing- und Bannherrn. (Die Embracher Flurgerichtsbarkeit ist jedoch vom Einungsrecht zu unterscheiden, vgl. hinten 120 ff.)

Ulrich Stutz hielt dem entgegen, die von Schweizer genannte Flurgerichtsbarkeit der Dorfbeamten sei «eine jüngere, auf anderer Grundlage ((als der des Zwings und Banns)) sich aufbauende Einrichtung, eine Folge der ländlichen Einung, die allerdings alsbald der herrschaftlichen Zwangsgewalt ebenso Konkurrenz zu machen beginnt, wie die städtische Einung der Stadtherrschaft» (ZRG 25, 1904, 209). Demnach wäre der Einung grundsätzlich von Zwing und Bann verschieden; er würde nur tatsächlich mit dem herrschaftlichen Rechte konkurrieren. Diese Auffassung ist aber gewiß eine Folge der Unklarheit des von Wyß'schen Einungsbegriffs. Von Wyß sagt zwar, der Einung stamme aus Zwing und Bann des Herrn; aber er sagt es vielleicht zu wenig deutlich; sonst hätte Stutz nicht, kurz nachdem er auf v. Wyß für den Begriff von Zwing und Bann verwiesen hatte (a. a. O. 208), eine gänzlich andere Auffassung des Einungs aussprechen können, ohne diese Abweichung von v. Wyß auch bewußt anzumerken.

²³ Niedere Gerichtsbarkeit und Grafengewalt im badischen Linzgau während des ausgehenden Mittelalters 1913 31—34, bes. 33 N 1. In auffallendem Widerspruch zu dieser Bezugnahme auf v. Wyß, der den Einung als aus Zwing und Bann abgeleitet erkennt, würde *Goetz* offenbar behaupten, der

sche Abhandlung nicht, als er in niederrheinischen Urkunden auf die Kören stieß. In den Kören vollzog sich «die gesetzgebende Gewalt», die eine Strafgewalt vornehmlich in Allmendeangelegenheiten umfaßte²⁴. Das Körrecht war eine ursprüngliche Zuständigkeit der Gemeinde; die Dorfgemeinde hatte nach Weimanns Auffassung schon vor der Bildung der Niedergerichte bestanden; sie hatte schon damals eine Körgewalt besessen²⁵. Demgegenüber mußte die Gemeinde das Recht zur Ausübung der Zwangsgewalt oft von der Obrigkeit kaufen; dieses Recht könne «also keineswegs ein ursprüngliches Recht der Ortsgemeinde gewesen sein»; ebensowenig standen niedergerichtliche Rechte ursprünglich der Gemeinde zu²⁶.

Die kühne Schau, welche das Werk *Viktor Ernsts* kennzeichnet, kommt auch in seiner Interpretation der den Einung betreffenden Offnungssätze zum Ausdruck. So wie Ernst überhaupt vom ursprünglich selbständigen Rechtskreis der Sippe und ihrer Ansiedlung im Dorf ausgeht²⁷, so nimmt er an, die Gemeinde habe von Anfang an Zwing und Bann besessen. «Das Leben im Dorf, die Gemengelage der Felder, die Gemeinschaft an den Allmenden usw., erfordert periodisch wiederkehrende Anordnungen, die für alle Beteiligten, also auch für die Herrschaft gültig sein müssen und durch kleine Geldstrafen, Einungen oder Rügungen genannt, geschützt sind»²⁸. Diese zunächst einfach als «Anordnungen» bezeichneten Rechtssätze erklärt Ernst in seinem späteren Werk als Ausfluß der Zwing- und Banngewalt der Gemeinde. «Man bannt Jahr für Jahr regelmäßig die Zelgen, daß niemand darauf treiben darf, und ermöglicht dadurch den Ackerbau; man bannt die Wiesen, daß sie von der Herde verschont werden und der Heugewinnung dienen; man bannt ein Stück Weide zum Auchttert, um für die Zugtiere kräftige Nahrung zu sichern; man bannt die Wälder, daß sie nicht unter dem Mißbrauch einzelner leiden, insbesondere die Haue, die bis zum Wiederaufkommen des Holzes geschont werden müssen, und man bannt die Eicheln, daß sie

Einung sei eine alte markgenossenschaftliche Zuständigkeit gewesen, die nur *wiedererlangt* werden mußte. Ganz in diesem Sinne sagt er nämlich zu einem vom Gerichtsherrn gesetzten «Aynung», diese Bezeichnung erinnere daran, «daß diese Befugnis von den Mark- und Dorfgenossen überkommen» sei. 32 N 3. Vgl. den Text zu *Weimann*. Beide Arbeiten sind in *Gierkes Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte* erschienen.

²⁴ Das tägliche Gericht 1913 110.

²⁵ a. a. O. 109 f.

²⁶ a. a. O. 111, 113.

²⁷ Die Entstehung des deutschen Grundeigentums 1926 zusammenfassend 117 ff.

²⁸ Die Entstehung des niederen Adels 1916 16.

nicht gesammelt werden, sondern für den Eintrieb der Schweine liegen bleiben» ²⁹. Mit dem Wort «Einung» bezeichnet Ernst nur die Bußen, die auf Übertretung dieses Banns gesetzt werden ³⁰. Obschon die Zwing- und Banngewalt von Anfang an der Gemeinde zusteht und obschon ihre Ausübung in den meisten Fällen Gemeindesache geblieben ist, so erscheint sie doch auch vielfach «als Zubehör des in jedem Dorf vorhandenen Herrnguts» ³¹. Es kann sein, daß die Einungen (= Bußen) von der Gemeinde bestimmt, aber von der Herrschaft eingezogen werden; oft werden sie zwischen Gemeinde und Herrschaft geteilt ³². — Nach Ernst ist also das Bannen der Fluren der Kern der Zwing- und Banngewalt ³³; diese steht grundsätzlich der Gemeinde zu. So kommt er nicht dazu, das in den Quellen bezeugte Einungsrecht der Gemeinde — welches eben das Bannen der Flur zu Inhalt hat — als besonderes Institut aufzufassen. Es ist das bleibende Verdienst Ernsts, mit allem Nachdruck auf diese Flurbänne — «die eigentlichen Grundelemente des ländlichen Gemeindelebens» ³⁴ — aufmerksam gemacht zu haben. Seine Auffassung der Zwing- und Banngewalt kann die Forschung aber nicht gelten lassen ³⁵; sie sieht in dieser Gewalt ein ursprünglich und wesentlich herrschaftliches Recht ³⁶. Wenn also Zwing und Bann nach der herrschenden Lehre einen Komplex hoheitlicher Rechte bezeichnet, so wird es nützlich sein, die regelmäßige Zuständigkeit der Gemeinde zum Bannen der Flur als gesonderte Gemeindegewalt zu verstehen: als Einungsrecht.

Gerade diese von uns gezogene Folgerung hat *Karl Siegfried Bader*, der in vielem Viktor Ernst verpflichtet ist, ausdrücklich abgelehnt. Im Begriff Zwing und Bann sind nach Bader keine herrschaftlichen und genossenschaftlichen Bestandteile zu unterscheiden; eine solche Unterscheidung steht außerhalb des Begriffes ³⁷. In Baders Arbeiten über die mittelalterliche Landgemeinde wird das Wort Einung in wechselnder, minde-

²⁹ Grundeigentum 35 f.

³⁰ Adel 44; Grundeigentum 37.

³¹ Grundeigentum 44 ff.; Adel 16.

³² Adel 44 f.; Grundeigentum 48 f.

³³ Grundeigentum 35, 50: Ernst wirft der Definition von Zwing und Bann, die v. Wyß gibt, vor, «daß sie gerade den Kern des Begriffs, nämlich das eigentliche Bannen der Fluren, zu wenig» heraushebe. Vgl. hinten 110. Wir hingegen würden von Wyß eher vorwerfen, daß er nicht deutlich genug sagt, der Einung sei ein Bann.

³⁴ Grundeigentum 36.

³⁵ Vgl. *U. Stutz* Zur Herkunft von Zwing und Bann ZRG 57 (1937) 310 ff.

³⁶ S. hinten 111/12 bei N 28.

³⁷ ZGO N.F. 50 635 ff.

stens doppelter Bedeutung verwendet. An mehreren Stellen bezeichnet er mit Einung das Satzungsrecht, das die Gemeinde auf Grund der ihr gebliebenen Teile der Zwing- und Banngewalt setzte ³⁸. Aus einer Stelle scheint man schließen zu müssen, der Einung könne auch niedergerichtliche Kompetenzen umfassen ³⁹. Später betont er aber gerade, daß Zwing und Bann nicht mit dem Niedergericht verwechselt werden dürfe, und führt dazu aus: «Auszugehen ist m. E. von dem weiteren Begriff der dörflichen Einung, jener Summe der Genossenschaftsrechte, die die Grundlage für die Betätigung der Dorfgenossen in den das Dorf als solches betreffenden rechtlichen Angelegenheiten darstellt. Zwing und Bann ist lediglich ein Ausfluß derselben. Daß die sprachliche Form erst verhältnismäßig spät in den Quellen erscheint, ist ganz unerheblich» ⁴⁰. Diesen umfassenden Begriff verwendet er denn auch in der Schrift über das Prechtal ⁴¹. Im Gegensatz zu von Wyß, nach dessen Auffassung der Einung aus Zwing und Bann abgeleitet ist, soll bei Bader umgekehrt Zwing und Bann eine Konkretisierung des allgemeinen Einungs sein. Neben diesem umfassenden hat das Wort Einung bei Bader vielfach einen engeren Sinn: es bezeichnet — wie gesehen — das gesetzte Recht; diese Bedeutung hat es auch, wenn gesagt wird, es habe ursprünglich der Gemeinde zur gesamten Hand, später den Dorfbeamten obgelegen, «für die Einhaltung der Dorfeinung Sorge zu tragen» ⁴². Schon diese Doppeldeutigkeit des Wortes Einung bei Bader weckt den Verdacht, es könnte vielleicht eine der beiden Bedeutungen nicht aus den Quellen geschöpft sein. Das müßte aber die umfassende Bedeutung sein, welche schon der Darstellung von Wyß' — der Einung stamme aus Zwing und Bann — genau widerspricht.

Wir können von vornherein nicht erwarten, im Schrifttum der Wiener

³⁸ Der schwäbische Untergang 1933 30: der Umgang ergibt sich aus der dörflichen Zwing- und Banngewalt, «seine Formen bestimmt die dörfliche Einung»; 42: das Verbot des Überackerns ist «wesentlicher Teil der dörflichen Einung und gehört zur dörflichen Zwing- und Banngewalt»; 65: die niedere Strafbefugnis, welche den Untergängern übertragen ist, «entspringt dem der Dorfgemeinde zustehenden Zwing- und Bannrecht, ist ein Ausfluß der dörflichen Einung». — Ländliches Wegerecht im Mittelalter ZGO 49 (1936) 421: die Dorfgemeinde «stellt in ihrer genossenschaftlichen Satzung, der Dorfeinung, die Mittel des Wegeschutzes zur Verfügung».

³⁹ Untergang 39: die Grenzsteinverrückung ist in der Regel «ein in die dörfliche Einung fallendes, dem Niedergericht zugehöriges, leichteres Delikt».

⁴⁰ Untergang 68 N 92.

⁴¹ Das badisch-fürstembergische Kondominat im Prechtal 1934 67: dörfliche Einung = Selbstverwaltungsrecht; 88 Einung = «die Erscheinung, die die Fülle des genossenschaftlichen Lebens der Dorfgemeinde in sich birgt».

⁴² ZGO N.F. 49, 426.

Schule wichtige Aufschlüsse über den Einung zu finden. Diese Arbeiten betrachten die Quellen ausschließlich vom Gesichtspunkt der Grundherrschaft aus. In *Hermann Wießners* früheren Schriften erscheint die Gemeinde daher nur als dem Grund- und dem Gerichtsherrn verpflichtete Gesamtheit der Dorfbewohner; wenn die Gemeinde in einer bestimmten Hinsicht selbständig tätig wird, so ist ihr diese Zuständigkeit aus «Gnade des Herrn» verliehen ⁴³. In einer neuen Schrift hat Wießner unter dem Eindruck der von allen Seiten erhobenen scharfen Kritik seine frühere Auffassung in mancher Hinsicht fast unmerklich geändert. Die Gemeinde ist für die wirtschaftlichen Angelegenheiten zuständig; sie erläßt Vorschriften über den Beginn des Heuens und ordnet die Zäunung der genannten Saatsfelder an; sie regelt die Weide auf den abgeernteten Feldern ⁴⁴. Diese einzelnen Aufgaben sind Ausdruck einer beschränkten Zwing- und Banngewalt der Gemeinde, welche bei Auflösung der herrschaftlichen Eigenwirtschaft «kraft eigenen Rechtes und unwidersprochener Übung entstanden» ist ⁴⁵ (also nicht — wie Wießner früher sagte — aus Gnade des Herrn). — Obschon diese «beschränkte Zwing- und Banngewalt» das Wesen des Einungs trifft, bleibt bei Wießner der Einung ununterschieden inmitten anderer Rechte der Gemeinde stehen, die entweder ebenfalls aus Zwing und Bann herausgelöst worden sind oder einer späteren Zeit angehören ⁴⁶.

Im schweizerischen Gebiet hat *Hermann Rennefahrt* in Kenntnis der von Wyß'schen Darstellung, aber auf Grund einer neuen Untersuchung der bernischen Rechtsquellen viel zur Kenntnis des Einungs beigetragen. Er braucht den Begriff des ländlichen Einungs parallel zum Begriff des städtischen Einungs (unio) ⁴⁷. Der ländliche Einung ist das Recht, «über die regelmäßigen Wirtschaftsvorgänge Bestimmungen zu erlassen (,Einungen') und Bußen für Widerhandlungen anzudrohen, ja sogar Widerhandlungen zu beurteilen und die verfallenen Bußen einzutreiben» ⁴⁸; diese Bestimmungen kommen durch «Vereinbarung» zustande ⁴⁹. Das Einungsrecht wurde der freien Talgemeinde zusammen mit dem Ammann oder

⁴³ Sachinhalt und wirtschaftliche Bedeutung der Weistümer im deutschen Kulturgebiet 1934 243 ff.; Twing und Bann 1935 64.

⁴⁴ Beiträge zur Geschichte des Dorfes und der Dorfgemeinde in Österreich 1946 53, 56 f.

⁴⁵ Beiträge 67 f.

⁴⁶ Beiträge 55 f.

⁴⁷ Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte 1928—36 II 92 ff.

⁴⁸ Grundzüge II 147.

⁴⁹ Grundzüge I 191, und SBAG 10 (1952) 34.

Meier vom Gerichtsherrn überlassen⁵⁰; in den Dörfern, die einer oder mehreren Grundherrschaften unterstanden, stammte es aus dem Zwing und Bann des Grundherrn⁵¹. Der Einung begründete eine Pflicht jedes Genossen gegenüber den anderen Genossen, die aufgestellten Bestimmungen einzuhalten⁵². Bricht er den Einung, so ist er in die Buße «ān Gnad» verfallen⁵³. Diese Bußen, die ganz oder teilweise der Gemeinde zukommen, sind der Anlaß zu Ausbildung eines selbständigen Rechnungswesens der Landgemeinde⁵⁴. — Auch Rennefahrt bleibt wie von Wyß den Quellenzeugnissen nahe: der Einung ist eine «Vereinbarung» über die regelmäßigen Wirtschaftsvorgänge. Rennefahrt zieht aber Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung heran, die vor ihm unbeachtet geblieben sind; dazu gehören die Feststellung, daß jeder Genosse gegenüber den anderen verpflichtet werde, die Bemerkung, daß die Buße «ān Gnad verfallen» sei, und die Vermutung, der Einung habe das gemeindliche Rechnungswesen begründen helfen.

Nach dieser Übersicht über die Literatur halten wir eine Anzahl Bruchstücke in Händen, welche zu einem einheitlichen Bild zu vereinigen unmöglich scheint. Die wichtigsten Autoren nehmen an, der Einung stamme aus Zwing und Bann (v. Wyß, Schweizer, Ernst, Rennefahrt); aber es fehlt nicht an den gegensätzlichen Ansichten, der Einung sei ein ursprüngliches Recht der Markgenossenschaft (v. Maurer, Goetz, Weimann, Lamprecht), er sei der weitere Begriff, aus dem Zwing und Bann stamme (Bader), er sei von Zwing und Bann überhaupt im Wesen verschieden (Stutz). Über den Begriff bestehen nicht so sehr Meinungsverschiedenheiten, als einfach Unklarheiten, weil die Quellen in verschieden hohem Grade in unsere moderne Begriffswelt übersetzt werden (Einung = Gesetzgebung bei v. Maurer und Weimann). Auf einer Seite ist vom Bannrecht die Rede (v. Maurer) oder davon, daß das Bannen der Fluren der Kern des Zwings und Banns sei (Ernst), auf der andern Seite wird das Bannen gar nicht erwähnt, sondern es werden im einzelnen die Gegenstände aufgezählt, über welche die Gemeinde «Einungen» oder «Bestimmungen» erlassen kann (v. Wyß, Thudichum, Rennefahrt). Einerseits wird das Wort «Einung» für die Bezeichnung der Buße vorbehalten (v. Maurer, Ernst), andererseits wird gesagt, «Einung» bezeichne sowohl die Rechtssatzung wie die Buße, die letztere Bedeutung sei aber von der

⁵⁰ Grundzüge II 110.

⁵¹ Grundzüge I 190 f.; II 147.

⁵² Grundzüge III 75 f.

⁵³ Grundzüge III 76.

⁵⁴ Grundzüge I 191; II 110.

ersteren abgeleitet (Thudichum, Lamprecht). Über die Ausgestaltung des Instituts erfahren wir am meisten bei v. Wyß, v. Maurer, Ernst und Rennefahrt, bei den anderen kaum etwas.

Bemerkenswert ist an dieser Situation der Literatur, daß die Meinungsverschiedenheiten über den Einung nicht bewußt werden. Nur wenn sie aus verschiedener Auffassung des Zwings und Banns herrühren, werden sie bewußt. So kann es vorkommen, daß von Wyß in zustimmendem Sinne zitiert wird, obgleich der Zitierende in einem wesentlichen Punkte eine andere Vorstellung vom Einung hat⁵⁵, oder daß in offener Anlehnung an v. Wyß eine Auffassung des Einungs dargelegt wird, die sich mit der von Wyß'schen nicht vereinbaren läßt⁵⁶. — Das Bild der Beiläufigkeit, mit welcher der Einung behandelt wird, ist noch durch den Hinweis zu ergänzen, daß die von Wyß'sche Darstellung sozusagen als herrschende Lehre in historischen Einleitungen zu modernrechtlichen Arbeiten über das Gemeinderecht und auch andernorts gerne übernommen worden ist⁵⁷; nur ausnahmsweise sind dabei einzelne Sätze dieser Darstellung abgelehnt worden, ohne daß anhand der Quellen die gegenteilige Behauptung bewiesen worden wäre⁵⁸.

Angesichts dieser Situation der Forschung sehen wir unsere Aufgabe deutlich vor uns: Wir müssen darnach trachten, aus den Rechtsquellen eines geographisch eng begrenzten Gebiets alles über den Einung Erkennbare zu schöpfen. Nach einer Umschau über die Lage der Quellen zu unserem Gegenstand werden wir den Begriff umschreiben müssen. Dabei wird vor allem nach dem Verhältnis zwischen Zwing und Bann einerseits und Einung andererseits gefragt werden müssen. Aber auch die Frage, ob der Einung ein Institut der Gesetzgebung sei, wie von Maurer sagte, wird sich stellen. So sehr grundsätzlich die Begriffe der Quellen aus den Quellen selbst verstanden werden müssen, mußten wir doch in der Quellennähe von Wyß' auch einen Nachteil erkennen: die Undeutlichkeit der Darstellung. Deshalb werden wir zwar die mittelalterlichen Begriffe aus den Quellen selbst zu verstehen suchen, werden aber — wenn dieses Verständnis gesichert ist — zur Verdeutlichung moderne Begriffe

⁵⁵ Vorn N 23.

⁵⁶ Vorn N 22.

⁵⁷ E. Osenbrüggen Das Gemeindewesen der Schweiz, Baltische Monatsschrift 12 (1865) 56. E. A. Kündig Die zürcherischen Civilgemeinden 1917 8. Ernst Meyer Die Nutzungskorporationen im Freiamt 1919 53 ff. H. Steinemann Geschichte der Dorfverfassungen im Kanton Zürich 1932 74 f. A. Stahel Gemeindebürgerrecht und Landrecht im Kanton Zürich 1941 97. O. Allemann Die Gerichtsherrschaft Weiningen-Öttil 1947 174.

⁵⁸ G. Bütikofer Die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden 1950 21 f., bes. N. 18.

mit aller Vorsicht heranziehen. Ein wichtiger Teil unserer Aufgabe wird es dann sein, die rechtliche Ausgestaltung in allen Einzelheiten darzustellen; daran fehlte es bisher ja vor allem. Endlich wird die Frage nach der Herkunft des Einungs und seiner geschichtlichen Entwicklung zu stellen sein. Vielleicht mag beim Leser der Eindruck entstehen, die historische Betrachtung stehe hinter der begrifflich-dogmatischen zurück. Wenn dem so ist, so soll zur Rechtfertigung auf zwei Dinge hingewiesen werden. Erstens macht es die Lage der Forschung nötig, den Begriff neu aus den Quellen herauszuarbeiten und die rechtliche Ausgestaltung des Instituts zum Teil erstmals zu erfassen; gleichwohl wird gerade bei den Einzelheiten der Ausgestaltung das Moment der Entwicklung immer wieder herangezogen werden. Zweitens aber lassen die Quellen nur in beschränktem Maße eine Entwicklung erkennen, weil oft für eine Gemeinde nur eine einzige Nachricht in Form eines Öffnungssatzes überliefert ist. Nur der enge Zusammenhang mit Zwing und Bann ermöglicht es, die Herkunft des Einungs wahrscheinlich zu machen.

1. Kapitel

Der Einung in den Rechtsquellen

Die Offnungen werden, wie sie über die ländlichen Rechtsverhältnisse im allgemeinen unterrichten, so auch über das selbständige Einungsrecht der Gemeinde den besten Aufschluß geben, den die Quellen überhaupt geben können. Gleichwohl scheint gerade diese Vermutung fraglich, sehen wir doch in den Offnungen nicht so sehr das interne Recht des Dorfes, als vielmehr Aufzeichnungen des Rechtsverhältnisses zwischen den Dorfgenossen als Lehenleuten und dem Grundherrschaftsherrn, zwischen den Dorfgenossen als Gerichtssassen und dem Gerichtsherrn. Im wesentlichen halten die Offnungen die gegenseitigen Rechte, oder nach der privatrechtlichen Auffassung des Mittelalters deutlicher gesagt: die Berechtigungen der Herrschaft und der Dorfgenossen fest. Nicht nur die Abgaben und Pflichten aus dem grundherrschaftlichen Verhältnis, auch die Strafen für Vergehen erscheinen in den Offnungen als Berechtigungen des Herrn. Ist aber der Einung wirklich der Bereich autonomen Rechts der Gemeinde — weswegen er unser Interesse fordert — so besteht keine Notwendigkeit, daß seiner in der Offnung gedacht werden müßte. Aus diesem autonomen Rechtskreis kann die Herrschaft keine Rechte ableiten. Nimmt man die Zufälligkeiten bei Aufsetzung der Offnungen noch hinzu, so besteht wenig Hoffnung, daß gerade sie uns über das Institut des Einungs näher unterrichten werden. Tatsächlich kommt es auch vor, daß der Einung in der Offnung nicht erscheint, daß aber andere Urkunden aus derselben Gemeinde für sein Bestehen zeugen ¹. Doch gerade diese Beobachtung könnte zu dem verallgemeinernden Schluß verleiten, das Recht, Einungen zu setzen, sei jedem Dorf zugestanden, ob die Offnung es erwähne oder nicht erwähne. Wenn aber von mehreren Offnungen derselben Gemeinde eine spätere das Einungsrecht erwähnt, eine frühere dagegen nicht, so spricht diese Beobachtung gewiß nicht so sehr dafür, daß in früherer Zeit der Einung nicht erwähnt wurde, in späterer dagegen wohl, sondern vielmehr dafür, daß der Einung ein im Lauf der Zeit von der Gemeinde gewonnenes Recht ist ².

¹ Benken 1477/78 und 1539 RQ I 444 ff., 448, 453 Z 18.

² So die vier Rezensionen der Offnung Embrach, hinten 120 ff.

I. Die Zuständigkeitsordnung in den Öffnungen

Der Einung macht zwar einen autonomen Rechtskreis des Dorfes aus; allein gerade das Bestehen eines solchen inneren Rechtskreises bedeutet eine Einschränkung des herrschaftlichen Rechtskreises, ist ein Recht der Bauernsamen gegenüber der Herrschaft. Die Zuständigkeit der Gemeinde beschränkt die höhere und allgemeinere Zuständigkeit der Herrschaft. So ist auch der Einung in *einem* Sinne Gegenstand des herrschaftlich-kommunalen Rechtsverhältnisses: im Sinne der Kompetenzabgrenzung. Einmal kann diese Abgrenzung Ausschluß des Einungsrechts bedeuten, etwa wenn der Grundherr aus dem Eigentum an den Allmen-den, Zäunen, an Wunn und Weid ein eigenes Bestimmungsrecht für die Bewirtschaftung ableitet und Gemeindebeschlüsse daher seiner Gut-heißung unterstellt³ oder wenn der Vogt Gebote, die sonst in den sach-lichen Bereich des Einungs fallen, sich selbst unter Mitwirkung der Vierer vorbehält, wobei diesen wohl nur die Aufgabe der Veranlassung zukommt und wobei die Gebotssätze in der Öffnung genannt werden⁴. Im Gegensatz dazu kann die Öffnung die Zuständigkeit der Gemeinde als Recht gegenüber der Herrschaft herausstellen, sei es, daß nur das Bestimmungsrecht der herrschaftlichen Beamten mittels eines Mitent-scheidungsrechts der Gemeinde eingeschränkt⁵, sei es, daß überhaupt die Gemeinde allein in einem bestimmten sachlichen Umfang in das Einungs-recht eingesetzt⁶, sei es endlich, daß die Zuständigkeit der Herrschaft ausdrücklich ausgeschlossen wird⁷. Diese Abgrenzung kann in der Öff-nung auch das Aussehen einer Aussparung zugunsten des Gemeinderechts haben; hier erachten die Verfasser der Öffnung es nicht für nötig, das interne Dorfrecht in die Öffnung aufzunehmen, weil diese eben die nach außen bestehenden Rechtsverhältnisse festhalten soll. Im Innern der Ge-meinde gelten aber Gewohnheiten, «das nit notturfing ist alles ze schrei-

³ O. Berg am Irchel 15. Jh. RQ I 495 Art. 8 und 10.

⁴ O. Altikon 1502 RQ I 215 ff. Art. 31—42 und 212 Art. 3.

⁵ Hinten 78 f.

⁶ O. Albisrieden 15. Jh. RQ I 119 Art. 22; O. Dübendorf 15. Jh. RQ II 451 Art. 42; O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Art. 14; O. Marthalen Schau-berg Z 154 Z 1 ff.; O. Meilen ca. 1400 StAZ A 97.4 Art. 19; O. Mönchal-torf 1431 GW I 15 Art. 44; O. Nöschikon ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8; O. Rüschlikon/Rüfers ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15; O. Töb GW I 134 Abs. 4.

⁷ Z. B. O. Fehraltorf 1474 StAZ A 97.3 Abs. 11: «ān eines weibels hand»; O. Örlikon GW I 74 Z 18 f.: «das ein vogt da vmb nicht ze schaffenne haben soll».

ben»⁸. Solchen allgemeinen Aussparungen der Öffnung für das Gemeinderecht stehen spezielle gegenüber. Für genau umschriebene, besondere Aufgaben des dörflichen Wirtschaftslebens nennt die Öffnung das Einungsrecht der Gemeinde; so namentlich für die Beschlüsse der Gemeinde über den Beginn des Heuens, über das Einzäunen und Bannen der Zelgen, über den Zeitpunkt des Einführens der Ernte⁹.

Wird so in einzelnen Öffnungen der Gemeinde nur ein sachlich eng beschränktes Einungsrecht zuerkannt, so gibt andererseits die Öffnung der Gemeinde auch nicht immer freie Hand in der Aufstellung der Bußsätze. Auch die Bußsätze für die Verletzung des Rechts der Gemeinde sind nur wieder ein Aspekt der Zuständigkeitsordnung. Nicht immer nämlich wird es ganz ins Ermessen der Gemeinde gestellt, «hoch oder nider» zu setzen¹⁰. Wohl kommt es auch vor, daß die Öffnung gerade für die Höhe der Bußen darauf verweist, «als der einig stat»¹¹. Zuweilen aber ist die Höhe der von der Gemeinde zu setzenden Bußen in der Öffnung genannt¹². Damit beschränkt die Herrschaft, welcher die allgemeine Gerichts- und Strafhoheit zusteht, die Selbständigkeit der Gemeinde wenigstens dann, wenn der Bußansatz herrschaftlicher Satzung entspringt. Aber das muß nicht so sein. Denkbar ist auch, daß ebenso wie besondere, üblich gewordene Einungsrechte der Gemeinde auch besondere, Gewohnheit gewordene Bußansätze der Gemeinde in der Öffnung nur niedergelegt werden; eine Beschränkung der Zuständigkeit ergibt sich dann nur für die Zukunft, insofern die Gemeinde nicht aus eigener Macht die Öffnung abändern kann; eine solche Beschränkung liegt aber sowohl im Interesse der Herrschaft wie in dem des einzelnen Gemeindegossen, der nun mit bestimmten gleichbleibenden Bußsätzen rechnen kann.

Aber nicht nur deshalb hat die Öffnung Anlaß, der dörflichen Zuständigkeit zum Einung Erwähnung zu tun, weil dieser niedrigere Rechts-

⁸ Hofrodel Fischenthal 1511 *Pestalutz* II 83 Art. 21; Hofrodel Wald 1586 *Pestalutz* I 179 Art. 40.

⁹ O. Dietikon RQ II 362 Art. 31/32; O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 389 Art. 29, 393 Art. 62 und analog O. Klotten Schauberg Z 190 Art. 31, 195 Art. 59; O. Weningen GW IV 313 Abs. 4; O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 93 Art. 52; O. Sünikon Schauberg B 2 325 Abs. 5.

¹⁰ Z. B. O. Rümlang 15. Jh. GW IV 332 Z 10.

¹¹ So für den Holzeinung O. Dietikon RQ I 361 Art. 20 und O. Schlieren ZSR 4b 153 Abs. 5 Satz 2.

¹² O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 153 Abs. 5; O. Ober- und Niedersteinmaur Schauberg Z 95 Art. 52; O. Sünikon Schauberg B 2 325 Abs. 5; O. Weningen GW IV 313 Abs. 4.

kreis gegen den höheren der Herrschaft abgegrenzt werden müßte, sondern auch deshalb, weil die Herrschaft unter Umständen selbst eine gewisse Zuständigkeit in diesem niedrigeren Rechtskreis erlangt. Nicht nur um eine ausscheidende Zuständigkeitsordnung geht es, sondern vielmehr um eine, welche der Gemeinde sowohl wie der Herrschaft in ein- und demselben Rechtskreis verschiedene Funktionen zuweist. Nur solange es sich um die Setzung des internen Rechts handelt, wird im allgemeinen die Herrschaft ausgeschlossen; sobald es aber um die Durchsetzung dieses gesetzten Rechts geht, wird das Wirken der Herrschaft zumeist nötig. Ihr kommt es in der Regel zu, die Bußen — sei es auf Ersuchen der Gemeinde, sei es in jedem Falle — einzuziehen¹³. Doch auch insofern ist die Zuständigkeitsordnung eine positive im Sinne des Zusammenwirkens zwischen Gemeinde und Herrschaft, als die Einungsbußen gewöhnlich zwischen ihnen geteilt werden. Hier wiederum hat die Herrschaft nicht allein eine funktionelle Zuständigkeit, sondern eine eigentliche vermögenswerte Berechtigung¹⁴, eine Zuständigkeit also, wie sie dem privatrechtlichen Denken entspricht.

Und doch ordnet die Öffnung nicht nur die Zuständigkeiten von Herrschaft und Gemeinde. Vielmehr gibt es viele Öffnungen, die gerade für die Einungen eine interne Zuständigkeitsordnung vorsehen. In erster Linie ist hier an das immer wieder genannte Mehrheitsprinzip für das Setzen des Einungs zu denken. Es bedeutet, daß der Einung von der Mehrheit der Dorfgenossen beschlossen wird und daß der so gesetzte Einung alle Genossen bindet. Oft ist dieses Prinzip allein der Grund für die Aufnahme des Einungs in die Öffnung¹⁵, zumeist erscheint es nur neben anderen den Einung betreffenden Regeln¹⁶. Wenn die Öffnungen dieses Mehrheitsprinzip häufig ausdrücklich statuieren, so muß ihm gewiß im Rahmen der ländlichen Rechtsordnung eine besondere Bedeutung zugekommen sein¹⁷. Jedenfalls ist damit eine Regel für die interne Zuständigkeit gegeben: Zuständig ist die Gemeindeversammlung, die mit

¹³ O. Dietikon RQ II 363 Art. 34; O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Art. 14; O. Nieder- und Mettmenhasli GW IV 308 Abs. 6; O. Obernhäusen 1393 GW IV 303 Art. 6; O. Töß 1586 GW I 134 Abs. 4 und andere hinten 90 ff.

¹⁴ O. Fluntern vor 1346 GW IV 324 Art. 17: im Zusammenhang mit den anderen grundherrschaftlichen Einkünften erscheint auch der Anteil am Holzeinung.

¹⁵ O. Bäretswil 1475 RQ I 362 Art. 42; O. Werdeggen StAZ A 97.7 Art. 23; O. Wülflingen 1484 GW I 139 Abs. 2.

¹⁶ Z. B. O. Altstetten 1429 RQ I 276 Art. 41.

¹⁷ Hinten 80 ff.

absolutem Mehr beschließt. Das heißt, daß die Gemeindebeamten allein unzuständig sind ¹⁸. Andere Offnungen hingegen geben im Gegenteil den Gemeindebeamten die Zuständigkeit ¹⁹. Ja, man kann sich fragen, ob nicht auch die Umschreibung der Funktionen des Forsters in den Offnungen — etwa er «soll lügen zu irem feld, korn und hów und holtz» ²⁰ — in der Regel seine Wirksamkeit bei der Durchführung des Einungs betrifft, soll er doch außer dem Herrn meist auch der Gemeinde «gehorsam sin, als man sin notturtig ist» ²¹. Damit aber wäre wieder mehr als nur interne Zuständigkeit geregelt, da dem Forster sein Amt vom Herrn geliehen wird und er ihm den Eid leisten muß. Das Verständnis für diese internen Zuständigkeitsregeln in der Offnung geht am ehesten auf, wenn man sieht, daß der Einung etwa auch zusammen mit anderen internen Ordnungen in der Offnung erscheint; so zum Beispiel im Zusammenhang der Wegordnung, wenn es darum geht, den einzelnen gegen die aus Einungsrecht entstehenden Wegrechte der Gemeinde über seine Güter zu schützen ²². Hier wird einem Konflikt, wie ihn der Einung mit sich bringen könnte, in der Offnung vorgebeugt. Dies ist aber wohl eine von der Herrschaft getroffene Vorkehr. Und ganz ebenso sind die internen Zuständigkeitsregeln dazu da, Konflikte zu vermeiden, welche doch wieder von der Herrschaft geschlichtet werden müßten. Die interne Zuständigkeit, wie sie die Offnungen regeln, hängt somit eng mit der Zuständigkeit gegenüber der Herrschaft zusammen. Das Mehrheitsprinzip ist nicht nur interne Kompetenzregel; für die Herrschaft bedeutet sie auch, daß die Aufgabe, welche der Gemeinde zusteht, durch die Mehrheit der Gemeindegossen ausgeübt werde, daß also Gewähr für sachgemäße Beschlüsse und damit die Voraussetzung für die Durchsetzung dieser Beschlüsse unter Mitwirkung der Herrschaft geleistet sei. Die Aufnahme der internen Zuständigkeitsordnung zum Einung in die Offnung ist nur eine Folge jener Verteilung der Zuständigkeiten, welche der Gemeinde die selbständige Regelung eigener Angelegenheiten zuweist, der Herrschaft aber einerseits die Gewährleistung solcher Regelungen, andererseits Schutz und Schirm über die Gemeinde als einen Rechtsverband aufgibt.

¹⁸ O. Nieder- und Mettmehasli GW IV 308 Abs. 5: die Dorfmeier werden ausdrücklich von der selbständigen Satzung ausgeschlossen, indem der Wille der Gebursami entscheiden soll.

¹⁹ O. Dielsdorf 1562 RQ II 335 Art. 51; O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Landschaft Nr. 2977 Art. 3—8.

²⁰ Z. B. O. Knonau GW I 54 Abs. 3.

²¹ Z. B. O. Andelfingen GW I 101 Z 20 von unten ff.

²² O. Oberdürnten ca. 1485 RQ II 506 Art. 23.

Im ganzen erweisen sich daher die Öffnungssätze, welche uns vom Einung Kunde geben, als Zuständigkeitsnormen ²³.

II. Das Verhältnis des Einungs zur Öffnung

Enthält aber die Öffnung die Regeln über die Zuständigkeit der Gemeinde, so müßte man, vom heutigen Recht ausgehend, schließen, das von der Gemeinde gesetzte Einungsrecht gelte nur im Rahmen dieser Zuständigkeitsnormen der Öffnung. Man könnte dann — ohne Rücksicht auf die Entstehung des Rechts zum Einung — von einem Delegationsverhältnis zwischen Öffnung und Einung sprechen: die Öffnung als höhere Norm würde der Gemeinde die Einungskompetenz übertragen.

Aber gegen diese moderne Denkungsweise erheben sich verschiedene Einwände. Zunächst kann man die Öffnungssätze nicht als gesetztes Recht ansehen; die Öffnung gibt geltendes Gewohnheitsrecht wieder ²⁴; sie enthält das, was bei der Öffnung im Gericht und bei der Aufzeichnung festzuhalten wichtig und nötig schien. Sie gibt nicht das ganze Gewohnheitsrecht, noch gibt sie das, von welchem sie zeugt, immer vollständig wieder.

Der Einung hingegen ist gesetztes Recht. Er enthält Regeln, Termine für die Bewirtschaftung, über welche die Gemeinde Jahr für Jahr beschließt. Die Öffnung kann bei ihrer Lückenhaftigkeit nicht ausschlaggebend sein für die Geltung des gewohnheitsmäßigen Rechts zum Einung; sie kann erst recht nicht für den Inhalt des Einungs verbindlich sein; dieser bestimmt sich nach der Setzung. So kann das Recht zum Einung einer Gemeinde zustehen, ohne daß es in der Öffnung erscheint ²⁵. Wenn die Öffnung das gewohnheitsmäßige Recht einer Gemeinde zum Einung und den gewohnheitsmäßigen Inhalt des Einungs nennt, so dient diese

²³ Erkennt man in diesen Bestimmungen, weil sie Zuständigkeitsregeln sind, *rechtliche* Gründe für die Aufnahme des Einungs in die Öffnungen, so kann es ausnahmsweise auch rein *wirtschaftliche* Gründe dafür geben, dann nämlich, wenn der Einung als Beschluß über den Beginn des Heuens und Emdens erwähnt wird, weil er — dem Meier vorher mitgeteilt — diesem das Vornähen ermöglichen muß. O. Adlikon RQ I 10 Art. 24; O. Örlikon GW I 74 Z 25 ff. und StAZ A 97.5 Art. 10, 11; O. Weningen GW IV 313 Abs. 4. Vgl. H. Wießner Sachinhalt 269. Ob der Grund aber ein rechtlicher oder ein wirtschaftlicher sei, beide Male gibt ihn das herrschaftliche Verhältnis.

²⁴ Eugen Huber System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts 1893 IV 52; J. Kühn in Festgabe Seeliger 32.

²⁵ Vorn N 1.

Aufzeichnung dem genaueren und sichereren Festhalten des Rechts; prozessual dient sie als kräftiges Beweismittel ²⁶.

Wenn wir soeben in den Bestimmungen der Offnungen über den Einung eine Zuständigkeitsordnung erkannt haben, so ist dies also nicht dahin mißzuverstehen, mit der Offnung werde solche Verteilung der Zuständigkeit geschaffen. Die Offnung gibt schon der mittelalterlichen Dorfgemeinde und ihrer Herrschaft so gut wie uns nur Zeugnis von der bestehenden Zuständigkeitsordnung, sei diese gewohnheitsrechtlich geworden oder durch Übereinkunft zwischen Herrschaft und Gemeinde geschaffen. Nur dann, wenn die Herrschaft beim Erlaß der Offnung eine neue Zuständigkeitsordnung setzen und damit der Gemeinde das Recht zum Einung übertragen würde, könnte von einer Delegation des Einungsrechts durch die Offnung die Rede sein ²⁷.

Doch die modernrechtliche Erwägung, von der wir hier ausgegangen sind, ist nicht so modern. In der Mitte des 17. Jh. entstand zwischen dem Stift Zürich und den Hubern zu Höngg einerseits und der Gemeinde Höngg andererseits Streit um die Gültigkeit der neuen Gemeindeoffnung neben der alten Stiftsoffnung. Dabei brachte das Stift vor, die Gemeindeoffnung sei nur ein Einung, der bloß im Rahmen der Stiftsoffnung gültig sein könne ²⁸. Aber erstens geht die Einungsregel der Stiftsoffnung ²⁹ deutlich von der gewohnheitsrechtlich bestehenden Institution aus, um hauptsächlich den Bußanteil des Propsts festzuhalten. Und im weiteren fragt es sich, ob wirklich, wie das Stift behauptet, der Einung anderen Bestimmungen der Offnung nicht widersprechen könne, ob nicht das in der Offnung festgehaltene Gewohnheitsrecht durch Satzung ³⁰ abgeändert werden könne. Allgemein wird man diese Frage nur bejahen können für den Fall, daß an der Satzung alle vom Gewohnheitsrecht Betroffenen beteiligt sind, daß also Herrschaft und Gemeinde neues Recht setzen, so wie sie auch im Zusammenwirken das Gewohnheitsrecht in die Offnung

²⁶ Vgl. RQ I 232 Nr. 19, wo in einem Spruch um die Bußenkompetenz des Vogtherrn einzig und allein auf die Bußsätze der Offnung abgestellt wird.

²⁷ Solch eigentliche Delegation durch die Offnung könnte man vielleicht in der O. Adlikon RQ I 11 Art. 26 annehmen, wo die Herrschaft «gesetzt und geordnet» hat, daß die Gemeinde «die zelgen, so man schniden will, verpannen und die nit uffthuon soll, dann mit der meren hand». Allein es scheint hier eine typische Schichtung vorzuliegen, wobei dieser Artikel nur das schon bestehende Einungsrecht (10 Art. 24), welches zu internen Streitigkeiten Anlaß gegeben hatte, bekräftigt; vgl. hinten 82.

²⁸ Stutz RQ 68 N 3.

²⁹ Stutz RQ 13 Z 19 ff.

³⁰ Daß es sich bei der Högger Gemeindeordnung von 1576 um eine Satzung handelt, geht aus dem Ingreß eindeutig hervor Stutz RQ 51 f.

aufnehmen. Im besonderen Falle von Höngg haben sich in den zweieinhalb Jahrhunderten von der ersten Stiftsordnung 1338 bis zur Gemeindeordnung 1576 die politischen Verhältnisse so geändert, daß diese Gemeindeordnung mit der Genehmigung der Stadt Zürich gesetzt wurde: an der Satzung wirkte also wohl der Gerichtsherr, nicht aber der Grundherr mit; der Gerichtsherr war es aber, der wiederum den Streit zwischen Grundherr und Gemeinde über die von ihm genehmigte Öffnung zu entscheiden hatte. Der Streit wurde nicht grundsätzlich, sondern mit einem Kompromiß entschieden.

III. Öffnungsfamilien

Für ein Institut, das wir vorab aus den Öffnungen erkennen, ist es wichtig zu fragen, ob die Betrachtung der Öffnungsfamilien gewisse Gleichartigkeiten und damit bestimmte Tendenzen der Grundherrschaften aufweisen läßt. Da wir die Öffnungsfamilien nicht — wie die Weistumsforschung im besonderen pflegt — zum Beweise der herrschaftlichen Weistumspolitik überhaupt heranziehen, sondern sie nur nach der besonderen Stellung der Herrschaft gegenüber dem Einung befragen, können wir nicht die Verwandtschaften, welche zwischen Öffnungen einer und derselben Grundherrschaft bestehen, im ganzen behandeln³¹; nur die Bestimmungen über den Einung wollen wir uns auf ihre Verwandtschaft hin ansehen. Wenn wir uns so von vornherein auf nur eine Bestimmung in der Öffnung beschränken und andererseits wissen, daß die Verwandtschaft sich zumeist nur in vereinzelter Bestimmungen nachweisen läßt³², so werden wir nicht mit einem allzu großen Ertrag dieser Frage rechnen dürfen. Dazu kommt, daß unser Gebiet in seiner Beschränktheit nicht besonders ertragreich für die Frage nach Öffnungsfamilien ist. Auf eine Grundherrschaft entfallen oft nur eine bis zwei erhaltene Öffnungen³³.

³¹ J. Kühn in Festgabe Seeliger 34 ff.; H. Wießner Sachinhalt 65 ff.

³² H. Wießner Sachinhalt 66 ff. erkennt in den St. Galler Öffnungen eine textliche Verwandtschaft, die sich auf acht Bestimmungen erstreckt, in Öffnungen von St. Blasien auf fünf, in Öffnungen von Springirsbach auf drei.

³³ Eine O. ist erhalten von St. Blasien (Birmensdorf RQ II 20 ff.), Pfäfers (Hedingen GW IV 292 ff.), Rüti (Oberdürnten RQ II 503 ff.); zwei Öffnungen von Konstanz (Laufen GW I 102 ff., Weningen GW IV 313 ff.), Muri (Thalwil-Oberrieden-Langnau GW 56 ff., Thalwil ZSR 4 b 163 f.), Petershausen (Oberwinterthur GW I 124 ff., Wiesendangen 1473 GW I 139 ff.), Rheinau (Rheinau Schauberg Z 149 ff., Benken RQ II 434 ff.), Schännis (Knonau GW I 52 ff., Wald StAZ A 97.7).

Unserer Frage überaus günstig ist aber die Grundherrschaft des *Großmünsterstifts*. Von vielen Dörfern der Propstei Zürich sind uns die Offnungen überliefert. Die ältesten Offnungen dieser Herrschaft sind lateinisch geschrieben und sprechen übereinstimmend von «vadium dictum einung»³⁴; alle Offnungen (bis auf die lateinischen von Meilen und Rüschrlikon und die deutsche von Rengg³⁵) stimmen darin überein, daß sie den Einung als Institut erwähnen und daß sie dieses Wort dafür gebrauchen. In der weiteren Ausgestaltung bestehen aber manche Verschiedenheiten. Solche zeigen sich zum Beispiel für die Zuständigkeit. Mehrmals ist einfach die Gebursami, die Gemeinde zuständig³⁶, dann aber einmal Meierhof und Dorf³⁷, ein andermal der Meier und die Gemeinde³⁸, einmal der Ammann und die Gebursami³⁹, wieder ein andermal die Vier und die Gebursami⁴⁰ und schließlich hat Oberglatt eine komplizierte Dreistufung der Zuständigkeit⁴¹; dazu kommt in zwei Fällen eine subsidiäre Zuständigkeit des Propsts⁴². Für die Aufteilung der Bußen gilt mit einer Ausnahme, daß der Gemeinde zwei, dem Herrn ein Drittel zukommen; die Ausnahme macht Fluntern, wo hälftig geteilt wird⁴³ und wo insbesondere vom herrschaftlichen Teil der Holzeinungsbuße wiederum die Hälfte dem Bannwart zukommt⁴⁴. Diese Gleichheit ist aber nichts Besonderes, ist die Drittelung doch weitherum die Regel und nicht einmal auf den Einung beschränkt. Auch für den Einzug der Bußen sind die Verschiedenheiten größer als die Übereinstimmungen. So wird in Schwamendingen, Oberglatt und Rüschrlikon gesagt, der Propst solle der Gemeinde ihren Bußanteil auch einziehen; in Albisrieden und in Örlikon hingegen soll es der Vogt tun, beidemale aber nur auf Verlangen der Gemeinde; in Obernhausen schließlich kommt diese Aufgabe dem Kuster zu, und zwar — was sonst nirgends betont wird — soll er den

³⁴ O. Albisrieden vor 1346 RQ I 113 Art. 28; O. Höngg 1338 Stutz RQ 13 Z 19 ff.; O. Fluntern vor 1346 GW IV 324 Z 4 f.; O. Rüfers vor 1346 GW IV 327 Z 15 v. u.

³⁵ GW IV 328 ff., 327 f., 322 f.

³⁶ O. Schwamendingen Hotz Sp. 12 Art. 17 und Sp. 44 Art. 23; O. Höngg Stutz RQ 13 Z 19 ff.; O. Fluntern II ZSR 4 b 141 Abs. 4; O. Obernhausen GW IV 303 Art. 6; O. Meilen 1500 StAZ A 97.4 Art. 19.

³⁷ O. Örlikon GW I 74 Z 16 f.

³⁸ O. Nöschrlikon StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8.

³⁹ O. Rüschrlikon/Rüfers StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15.

⁴⁰ O. Albisrieden vor 1346 RQ I 113 Art. 28; 15. Jh. RQ I 119 Art. 22.

⁴¹ O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Landschaft Nr. 2977 Art. 3—7.

⁴² O. Meilen StAZ A 97.4 Art. 20; O. Rüschrlikon/Rüfers s. N 39.

⁴³ O. Fluntern II ZSR 4 b 141 Abs. 4.

⁴⁴ O. Fluntern I GW IV 324 Art. 17; II ZSR 4 b 141 Abs. 5.

Teil der Gemeinde vor seinem eigenen einziehen ⁴⁵. Sodann kommt einzig in den Offnungen Oberglatt und Örlikon der ursprüngliche Bestimmungszweck, das Mahl der Gemeinde, zum Ausdruck, wenn gesagt wird, die Zwingherren bzw. der Vogt sollen die eingezogenen Bußen «mit inen verzeren oder inen schecken» bzw. «mit uns uzeren» ⁴⁶. — Obschon also die Offnungen des Großmünsterstifts nicht ausgeprägte und durchgehende Verwandtschaft in der rechtlichen Ausgestaltung des Einungs zeigen, so machen sie doch einen recht einheitlichen Eindruck. Wenn diese Grundherrschaft im ganzen weniger auf bestimmte rechtliche Einrichtungen und gleiche Organisationsform gedrungen zu haben scheint, wenn sie vielmehr die Besonderheiten, welche vielleicht in den einzelnen Dörfern schon vorhanden gewesen waren oder sich dort entwickelt hatten, als solche bestehen ließ, so gibt es doch einzelnes — etwa die gleich gestaltete subsidiäre Zuständigkeit des Propsts in Meilen und Rüschlikon/Rüfers ⁴⁷ — das auf bestimmte Einflüsse vonseiten der Herrschaft, auf eine herrschaftliche Politik schließen läßt. Wenn der Einung in allen diesen Offnungen des Großmünsterstifts erscheint und wenn man sieht, daß viele Offnungen anderer Grundherrschaften ihn gar nicht erwähnen, so werden wir diese Beobachtung als deutliches Zeichen dafür nehmen dürfen, daß nicht nur die Genossen dieser Dörfer, sondern daß auch das Stift selbst dem Einung eine nicht untergeordnete Bedeutung für die wirtschaftliche und rechtliche Ordnung im Dorf beimaßen. Schon in den ersten Offnungen dieser Grundherrschaft ist der Einung ein selbstverständliches Institut der dörflichen Rechtsordnung.

Von den Offnungen des *Fraumünsterstifts* tun mehrere des Einungs nicht Erwähnung ⁴⁸. Aus vier Offnungen jedoch tritt das Recht des Dorfes, Einungen zu setzen bzw. «ze bannen Holz und Veld» hervor ⁴⁹. Es ist zunächst interessant, daß hier jedesmal vom «Bann machen», «bannen» die Rede ist. Das Wort «Einung» wird nur in der Bedeutung Buße gebraucht. Der Wortlaut ist im übrigen aber sehr verschieden. Die Offnung Wipkingen hat das Besondere, daß sie einen bestimmten Holz-

⁴⁵ Vgl. die Zitate in den N 36—44.

⁴⁶ O. Oberglatt StAZ Urk. Stadt und Landschaft Nr. 2977 Art. 8; O. Örlikon GW I 74 Z 22.

⁴⁷ S. N 42.

⁴⁸ So der Liber mancipiorum ZSR 4 b 98 f., die einander nahestehenden O. Fällanden und Maur GW I 27 ff. und 43 ff., die O. Horgen-Thalwil-Oberrieden-Kilchberg ZSR 4 b 164 ff. und die O. Hirslanden und Stadelhofen 1538 ZSR 4 b 73 ff.

⁴⁹ O. Rümlang I GW IV 332 Art. 2; II Schauberg B 4 146 Art. 18; O. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 3 und 4; O. Wipkingen ZSR 4 b 196 Abs. 1.

einung von 3 Schilling je Stumpfen festsetzt, welcher ganz dem Ammann gehört, und daß nur von den Einungen aus dem «fürer Bannen» durch die Gemeinde ihr zwei Drittel gehören. Entschieden Gleichartiges springt aber doch heraus. So gehört in Seebach wie in Wipkingen der herrschaftliche Bußanteil dem Ammann. Die bedeutsamste Gestaltung aber, die dieser Grundherrschaft eigen ist, ist die Durchbrechung des Mehrheitsprinzips durch ein Berufungsrecht der Minderheit an die Äbtissin oder den Ammann; diese entscheiden nach Gutfinden. Nach den Offnungen von Rümlang und Seebach gilt das Berufungsrecht; es rückt diese beiden Offnungen in nahe Verwandtschaft, und es entsprang als wiederkehrende Gestaltung gewiß einer Politik, einer bestimmten Einstellung der Grundherrschaft zum Einung. Wenn schon eine Minderheit von einem oder zwei Genossen ⁵⁰ den Gemeindebeschluß vor den Grundherrn bringen kann zur Guttheißung oder Verwerfung, dann wird das Einungsrecht sehr stark relativiert, dann ist die Gemeinde nur noch autonom, wenn sie einhellig entscheiden kann. In allen irgend umstrittenen Schlußnahmen aber wird der Grundherr zur Entscheidung berufen werden ⁵¹.

Eine ähnliche Einschränkung des Mehrheitsprinzips scheint auf den ersten Blick die Offnungen des *Stiftes Embrach* zu kennzeichnen. Diese Offnungen zeigen auch äußerlich in ihrem Aufbau am ehesten die Übereinstimmungen einer Offnungsfamilie, sind sie doch in Abschnitte eingeteilt, welche nacheinander «des bropsts recht», «des vogts recht», «der chorherren recht» und «der gotzhysluten recht» enthalten. Wie äußerlich aber diese Unterteilung ist, ergibt sich daraus, daß die unseren Gegenstand betreffenden und einander entsprechenden Regeln sich einmal im Abschnitt über des Vogts, die beiden andern Male aber in dem über «der insässen» bzw. «der gemeind» Recht finden. In der Embracher Offnung 1518 wird im Anschluß an die Wahl der Dorfmeier ihnen als Aufgabe zugeteilt, sie sollen «all ehafft sachen in holtz vnd veld by des bropsts büssen gepietten» ⁵². Dieses Gebot der Dorfmeier nennt die Offnung Hegi auch ausdrücklich ⁵³, während es in der Offnung Berg am Irchel wohl aus dem Zusammenhang und der Analogie mit den anderen Offnungen erschlossen werden darf ⁵⁴. Nur in der Offnung Embrach wird

⁵⁰ O. Rümlang GW IV 332 Z 13: «wer ioch des minren teil nit mer den einer oder zwen».

⁵¹ Hinten 79 f. und 101.

⁵² GW I 114 Abs. 8 und 9.

⁵³ GW I 123 Abs. 2.

⁵⁴ RQ I 496 Art. 21.

anschließend als weitere Aufgabe der Dorfmeier die Schiedsgerichtsbarkeit genannt ⁵⁵. Und jetzt erst heißt es: «der sachen, deren sy nit gewallt für sich selbs habent, söllent sy lassen an ein gemeind langen»; diese beschließt mit Mehrheit ⁵⁶. Die Frage, ob damit eine Einungskompetenz der Gemeinde gemeint sei, werden wir später eher verneinen müssen ⁵⁷. Der Anschluß dieser Bestimmung an jene über die Schiedsgerichtsbarkeit läßt vermuten, daß hier die Zuständigkeit der Gemeinde zu eigentlich dorfgerichtlichen Entscheidungen gemeint ist; auch im Dorfgericht kommt das Mehrheitsprinzip zur Anwendung; und gerade die Einschränkung, die es hier erfährt, spricht für die gerichtlichen Entscheidungen. Diese Beschränkung lautet in ihrem Zusammenhang: «vnd was darvmb das mer wirt, dem sol mengklichs gestrag nachgan, es wurde dann etwas damit beschwert, der mag es mit recht widertribenn» ⁵⁸. Nicht jeder, der eine abweichende Meinung hat, kann — wie nach den Offnungen Rüm- lang und Seebach — gegen den Gemeindebeschluß die Berufung ergreifen; nur der, welcher durch den Entscheid der Gemeinde «beschwert», das heißt in ungleicher, ungerechter Weise betroffen wird, kann ihn «mit recht» anfechten. Während die Einschränkung des Gemeindemehrs in den Fraumünsteroffnungen die Gemeinde selbst vor falscher Bewirtschaftung und damit auch den Grundherrn vor einer Beeinträchtigung seiner Einkünfte und des Wirtschaftssubstrates bewahren soll ⁵⁹, wahrt diese Einschränkung in den Embracher Offnungen das Recht des einzelnen Genossen. Als die Gemeinde später das Einungsrecht bekam, erhielt sich derselbe Wortlaut; ein Anfechtungsrecht wird aber auch dann nur für die dorfgerichtlichen Entscheide bestanden haben ⁶⁰. Die Offnung Breite endlich enthält keine der hier auf ihre Verwandtschaft hin betrachteten Bestimmungen ⁶¹.

Von den Offnungen des *Stiftes Wettingen* stehen die von Dietikon und Schlieren einander nahe: Sie enthalten eine analoge Bestimmung über den Holzeinung, welche für dessen Höhe darauf verweist, «als der

⁵⁵ GW I 114 Abs. 10.

⁵⁶ GW I 114 Abs. 11.

⁵⁷ Hinten 120 ff.

⁵⁸ GW I 114 letzte Zeile/115; RQ I 497 Abs. 1.

⁵⁹ J. Winkler Beiträge zur Rechtsgeschichte von Seebach 83: das Berufungsrecht gehört zu den Aufsichtsrechten des Grundherrn, «die alle begründet sind in seinen finanziellen Interessen und die sich in der Hauptsache gegen Raubbau richten»; 98: Berufungsrecht vor allem gegen Beschlüsse, die «den Interessen der Gemeinde zuwiderlaufen würden».

⁶⁰ O. Embrach 1543 und 1551 StAZ A 97.3 Rez. 1543 p. 22, 1551 p. 30.

⁶¹ RQ II 139 ff.

einung stat»⁶². Die Bestimmungen über das Bannen der Zelgen und der Eicheln, über den Anspruch auf Bußenertrag und die Einziehung durch den Abt sind aber der Dietikoner Offnung eigentümlich⁶³; diejenigen über Heu- und Erdbeschlüsse sowie über das Bannen der Zelgen in der Adlikoner Offnung sind in Redaktion und Gestaltung davon verschiedenen⁶⁴.

Von Dörfern, in denen *Kiburg* die niedere Gerichtsbarkeit hatte, haben wir fünf Offnungen; zwei davon (Bassersdorf und Kloten⁶⁵) sind nahezu identisch. Die Einungsbestimmungen der Offnung Neftenbach entsprechen ebenfalls wörtlich den in der Offnung Bassersdorf in zweiter Linie genannten über Stroffelweide und Einfang⁶⁶. Mit diesen stimmen die andern (Fehraltorf und Wallisellen⁶⁷) in nichts außer in der Betonung des Mehrheitsprinzips überein.

Bei den Offnungen, welche unter der Herrschaft *Zürichs* und seiner Obervögte aufgesetzt wurden, von einer «Offnungsfamilie» im üblichen Sinne sprechen zu wollen, geht kaum an. Und doch scheint es, daß gerade Zürich auf das Einungsrecht nicht geringen Einfluß ausgeübt habe⁶⁸. Es erscheint in verschiedener Gestaltung, unter wechselnder Benennung, so als Recht, «Bann ze machen»⁶⁹, «ze bietten und ze straffen»⁷⁰, «gebott und verbott ze thun»⁷¹, «einungen setzen»⁷². Zuständig ist in Dachsen und Steinmaur die Gemeinde, in Altstetten und Nieder- und Mettmenhasli sind es die Dorfmeier zusammen mit der Gemeinde, in Dielsdorf die Dorfmeier allein⁷³. Bemerkenswert ist sodann, daß die Offnungen Dachsen, Dielsdorf sowie Ober- und Niedersteinmaur die Gebote bei bestimmten Bußsätzen nennen. Wie sonst der Zwing- und Bannoder der Gerichtsherr, hilft nun der Obervogt beim Einzug der Bußen, und diese gehören in Dachsen und Dielsdorf ganz der Gemeinde⁷⁴.

⁶² RQ II 361 Art. 20; ZSR 4 b 153 Abs. 5.

⁶³ RQ II 362 f. Art. 31—34.

⁶⁴ RQ I 10 f. Art. 21 und 23.

⁶⁵ RQ I 389 Art. 29 und 30, 393 Art. 62 und 63; Schauberg Z 190 Art. 31, 195 Art. 59.

⁶⁶ GW I 78 Art. 33 und 34.

⁶⁷ StAZ A 97.3; Original Gemeindecarchiv Wallisellen, Abschrift StAZ A 97.7.

⁶⁸ Hinten 123 ff.

⁶⁹ O. Altstetten 1428 RQ I 276 Art. 41.

⁷⁰ O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 93 Art. 11; O. Dielsdorf 1562 RQ II 335 Art. 51.

⁷¹ O. Dachsen 1532 RQ II 234 Art. 16.

⁷² O. Nieder- und Mettmenhasli 1436/78 GW IV 308 Abs. 5.

⁷³ Vgl. die Zitate in N 69—72.

⁷⁴ Unter der Herrschaft der Stadt Zürich entstanden aber nicht nur diese Dorf-

In den übrigen Offnungen lassen sich — wenigstens für unseren Gegenstand — keine verwandtschaftlichen Bande feststellen. Die Frage nach den Offnungsfamilien trägt als Ergebnis ein, daß einzelne Grundherrschaften an der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit ihrer Dörfer gewiß interessiert waren, daß sie es aber nicht darauf anlegten, jede Gemeinde über denselben Leisten zu schustern. Vor allem aber ergibt sich, daß es gar nicht auf den Willen der Grundherrschaft allein ankam, daß diese vielmehr den bestehenden Voraussetzungen in erworbenen Dörfern und den Bestrebungen der Bauernschaft Rechnung zu tragen hatte.

IV. Die Offnungen der verschiedenen Rechtskreise im Dorf

Viele Offnungen lassen sich nach den Gesichtspunkten Grundherrschaft und Gerichtsherrschaft einteilen. Die grundherrlichen Offnungen bringen vornehmlich Regeln über das Leiheverhältnis, über das persönliche Hintersassenvermächtnis. Die Vogtoffnungen dagegen enthalten im wesentlichen eine Aufzählung der Vergehen und der darauf gesetzten Bußen sowie der Abgaben und Dienste, die dem Vogt zu leisten sind. Diese zwei Arten von Offnungen sind nur quellenmäßiger Ausdruck für die mehreren Rechtskreise, in denen das Dorf steht. Der niedrigere, dem Dorf und seinen Angelegenheiten enger verbundene Rechtskreis ist der des Grundherrn, dem gewöhnlich Zwing und Bann über das Dorf zusteht; oft ist er auch im Besitze der niederen Gerichtsbarkeit. Die höhere, mit «Düb und Frevel» bezeichnete Gerichtsbarkeit macht den nächst höheren Rechtskreis aus; die Blutgerichtsbarkeit endlich den höchsten. Weil diese verschiedenen Herrschaften oft verschiedenen Herren zustehen, können sehr wohl für ein und dasselbe Dorf zwei Offnungen nebeneinander bestehen ⁷⁵, ja, aufeinander bezogen sein ⁷⁶. Viele Offnungen jedoch sind

offnungen, sondern auch Amts- und Herrschaftsrechte. Diese hatten oft für viele Dörfer Geltung; die Präambel des Regensberger Herrschaftsrechts 1538 *Pestalutz* I 182 nennt z. B. als Verordnete der Amtsgemeinde Leute von Bachs, Obersteinmaur, Dielsdorf, Buchs, Otelfingen, Boppelsen, Schleinkon, Dachslern. Nicht immer aber erwähnen diese Amtsrechte den Einung.

⁷⁵ O. Wiesendangen 1473 GW I 139 Z 13 f. v. u.: nach einem Streit zwischen Grund- und Gerichtsherrn heißt es, daß «yeder tail by sinen offnungen nun fürohin» bleiben soll; der Spruch bringt dann nacheinander die O. des Grundherrn 139 Art. 1 ff. und des Gerichtsherrn 142 Art. 29 ff.

⁷⁶ Z. B. O. Berg 15. Jh. RQ I 495 Art. 12 und 13 und Vogtoffnung Berg 1531 RQ I 499 Art. 15.

grund- und gerichtsherrliche zugleich, wenn entweder Grund- und Gerichtsherrschaft in derselben Hand vereinigt sind oder wenn Grundherr und Gerichtsherr miteinander am Gericht erscheinen und ihrer beider Rechte geoffnet werden. Wo hingegen zwei Offnungen bestehen, fragt es sich, in welcher von beiden das Einungsrecht vorkommt; es fragt sich, welchem der herrschaftlichen Rechtskreise der Einung als Ausdruck des dörflichen Rechtskreises am nächsten steht.

Knüpfen wir zu diesem Ende an die soeben betrachteten Offnungsgruppen an! Die Offnungen des Großmünsterstifts sind bis auf diejenige von Örlikon typische grundherrliche Offnungen; doch der Grundherr — der Propst — ist immer zugleich niederer Gerichtsherr. Er hat nicht nur Zwing und Bann, sondern er sitzt auch in der Regel dem Gericht vor ⁷⁷. Und in allen diesen Offnungen tritt das Recht zum Einung ins Licht. Die Offnung Örlikon ⁷⁸ ist eher als Vogtoffnung anzusprechen, nennt sie doch wohl die Rechte des Vogtes, die sonst immer angeführten des Propstes aber nicht; in ihr erscheint denn auch das Einungsrecht in der Form eines Ausschlusses des Vogtes von der Setzung; hingegen soll er bei der Durchsetzung helfen ⁷⁹. Eine eigentliche Vogtoffnung mit Aufzählung der Frevelbußen ist jedoch für Meilen erhalten ⁸⁰; der Einung erscheint in ihr nicht. Ebenso wie die Propstei Zürich in ihren Dörfern hat auch das Fraumünsterstift in Rümlang, Seebach und Wipkingen Zwing und Bann; diese drei Offnungen sind auch grundherrliche, in ihnen erscheint das Einungsrecht. Für Wipkingen ist die ergänzende gerichtsherrliche Offnung noch erhalten ⁸¹, welche vom Einung nichts sagt. Für Rümlang dagegen ist eine spätere, unter zürcherischer Obrigkeit entstandene Offnung erhalten, die sich zum Teil als gerichtsherrliche gibt, die aber auch Bestimmungen, welche aus Zwing und Bann entspringen (Gewerbebannrechte) enthält. So verwundert es nicht, in ihr eine Bestimmung über den Einung zu finden ⁸². Zürich steht Zwing und Bann sowohl wie niedere und höhere Gerichtsbarkeit zu. Sprechen sodann die Embracher Offnungen — wie gesehen ⁸³ — nicht vom Einung, so tut es doch auch die Vogtoffnung nicht, welche für Berg am Irchel erhalten ist ⁸⁴; in diesen Dörfern gab es das Einungsrecht zur Zeit der Grundherr-

⁷⁷ A. Bauhofer Zürcher Taschenbuch 1943 10.

⁷⁸ GW I 73 f.

⁷⁹ GW I 74 Z 19 ff.

⁸⁰ StAZ A 97.4.

⁸¹ Schauberg B 4 193 ff.

⁸² Schauberg B 4 141 ff., bes. 146 Art. 18.

⁸³ Vorn 42 f.

⁸⁴ RQ I 498 ff.

schaft überhaupt nicht. Das Kloster Wettingen hat zu Dietikon und Schlieren Zwing und Bänne, zu Adlikon «alle Gericht»; es sind auch hier die Öffnungen des Zwing- und Bannherrn, in denen das Einungsrecht erscheint. Die Herrschaft Kiburg hat in den Dörfern Bassersdorf, Kloten, Fehraltorf und Wallisellen nicht nur Zwing und Bann, sondern alle Gerichte ⁸⁵; das wirkt sich in den Öffnungen Bassersdorf und Kloten so aus, daß eine Liste der Frevelbußen in die andern Artikel inseriert ist ⁸⁶; doch auch diese Öffnungen sprechen vom Einung. Und ähnlich steht es mit den Öffnungen der Zürcher Obervogteien; so hat Zürich in Nieder- und Mettmenhasli «alle zwing, bänn, fräfflinen vnd gericht» ⁸⁷ und diese sowohl wie die Öffnung Dielsdorf enthält die Liste der Frevelbußen ⁸⁸. Von Knonau ist schließlich ebenfalls neben der grundherrlichen eine vogtherrliche Öffnung enthalten ⁸⁹; sie sprechen aber beide nicht vom Einung.

Demnach scheint es zunächst die Regel zu sein, daß die grundherrlichen Öffnungen die Bestimmungen über den Einung enthalten. Aber es sind, wie beiläufig schon herausgestellt worden ist, Grundherrschaften, welche Zwing und Bann über das Dorf haben. Damit wird die scheinbare Ausnahme der Öffnung Wiesendangen in die Regel einbezogen. Das Kloster Petershausen hatte nämlich in Wiesendangen so gut wie in Oberwinterthur die bloße Grundherrschaft, während Zwing und Bann sowie alle Gerichte — außer dem Blutgericht — den Gerichtsherren zustanden ⁹⁰. So entspricht es der allgemeinen Regel, wonach der Einung in der Zwing- und Bannöffnung erscheint, wenn schon die ältere Vogtoffnung von Wiesendangen den Einung regelt ⁹¹ und wenn dann bei der neuen Niederschrift beider Öffnungen der Ausschluß des selbständigen Gemeindeeinungs wieder in der Vogtoffnung steht ⁹². Gleich verhält es sich mit der Öffnung Flaach, wo auch dem Gerichtsherrn Zwing und Bann gehört ⁹³.

Dieses regelmäßige Hervortreten des Einungs aus der Öffnung des Zwing- und Bannherrn zeigt, daß der Rechtskreis der Dorfgemeinde nur

⁸⁵ RQ I 385 Art. 1; StAZ A 97.3 Abs. 2; StAZ A 97.7 Art. 1.

⁸⁶ RQ I 395 Art. 76—84.

⁸⁷ GW IV 307 Abs. 1.

⁸⁸ GW IV 307 Abs. 3; RQ II 328 Art. 4.

⁸⁹ 1461 GW I 52 ff.; 1414 GW IV 290 ff.

⁹⁰ O. Wiesendangen 1473 GW I 142 Art. 30; O. Oberwinterthur 1472 GW I 124 Abs. 5.

⁹¹ GW IV 277 Art. 3.

⁹² StAZ Urk. Hegi Nr. 6.

⁹³ GW I 91 Z 2 und Abs. 4, 94 Abs. 10.

zum untersten herrschaftlichen Rechtskreis in Beziehung steht. Zwischen Zwing und Bann und Einung besteht eine enge Verbindung. An den niedrigsten der herrschaftlichen Rechtskreise schließt sich der innerste, der Kreis des Gemeinderechts. Die Nähe zu Zwing und Bann wird nicht nur für den Begriff, sondern auch für die Geschichte des Einungs bestimmend werden.

Eine Ausnahme von der soeben gefundenen Regel macht aber die Öffnung Ellikon an der Thur. Als eigentliche Vogtöffnung enthält sie die Frevelbußen ⁹⁴; der letzte Absatz nennt dann noch den Beschluß der Gemeinde über das Schütteln und Lesen der Eicheln, sieht dafür aber weder Buße noch auch vogtherrlichen Zwang vor ⁹⁵. Die Regel hat ganz und gar keinen Bezug zur Vogtherrschaft, steht aber doch in der vogtherrlichen ⁹⁶ Öffnung. Das ist der Ort, an dem die Korrespondenz von Einung und Zwing und Bann zur Erklärung nicht mehr genügt, der Ort, an dem vielmehr auf eine andere rechtsbildende Instanz, die an der Öffnung mitwirkt, zurückgegangen werden muß — auf eine andere als die Grund- und die Gerichtsherrschaft, deren Einfluß wir bis jetzt unter den Gesichtspunkten der Öffnungsfamilien und der grund- oder gerichtsherrlichen Öffnungen betrachtet haben.

V. Der Anteil der Gemeinde an den Normen über den Einung

Dem besonderen und so umstrittenen Anteil der Gemeinde an den Öffnungssätzen gilt es für die Bestimmungen über den Einung noch nachzugehen. Denn eben diese Bestimmung der Öffnung Ellikon a. d. Th. scheint mir ein eindeutig selbständiger Beitrag der Gemeinde zur Öffnung zu sein. Gewiß, wir haben zuerst die Sätze über den Einung als ein Festhalten einer gewohnheitsrechtlichen Zuständigkeitsordnung begriffen, welche vornehmlich die Rechte der Herrschaft, aber auch die Rechte der Gemeinde gegen die Herrschaft klarlegt. Der herrschaftliche Standpunkt steht zumeist im Vordergrund, und das spricht bis jetzt auch dafür, daß diese Sätze über den Einung ihre Aufnahme in die Öffnung eher

⁹⁴ GW I 116 f.

⁹⁵ GW I 120 Abs. 7.

⁹⁶ GW I 116 Abs. 5: «ein vögherrschaft».

herrschaftlichen Interessen verdanken. Wenn unsere bisherigen Beobachtungen richtig waren, so wird sich dieses Bild nicht mehr völlig wandeln; wohl aber könnte es ergänzt werden.

Zunächst ist zu überlegen, welche Sätze der Offnungen in aller Regel dem Interesse der Gemeinde entsprungen sind. In erster Linie gehören dazu die Wegordnungen, im allgemeinen die Flurordnungen überhaupt, Regeln also, welche der Bewirtschaftung des Landes dienten und welche gleich blieben durch Jahre und Zeiten: ein Wegrecht über ein Feld zum Beispiel. Für die zielgemäße Bewirtschaftung waren daneben aber noch von Jahr zu Jahr, von Jahreszeit zu Jahreszeit wechselnde Regeln nötig; sie waren Gegenstand des Einungs. Für sie konnte die Gemeinde nicht wünschen, daß sie festgehalten werden, ist es doch nicht die Art der mittelalterlichen Rechtsquellen, abstrakte Regeln aufzustellen. So sagen die Gemeinden in den Offnungen nicht, die Fluren, der Wald seien zu bannen, die Termine für das Heuen seien zu beschließen⁹⁷. Nur was auf den Markstein genau, auf den Tag genau als bleibende Regel aufgestellt werden kann, ist greifbar genug, in der Offnung verzeichnet zu werden. Deshalb erscheint dieses Bannen und Beschließen der Gemeinde in den Offnungen nur erwähnt als Voraussetzung für eine der konkreten abgrenzenden Regeln, die wir aufgewiesen haben und zu denen das herrschaftliche Verhältnis Anlaß gegeben hat.

Gleichwohl wird, wenn dieser Anlaß da ist, die Gemeinde bei der Offnung und Aufzeichnung ihren Einfluß geltend machen. Sie wird Wert darauf legen, zu sagen, daß ihr das Einungsrecht seit langem zusteht, daß es zu ihren alten Gewohnheiten gehört⁹⁸. Sie wird ganz besonders betonen, daß die Herrschaft sich in dieses ihr Recht nicht zu

⁹⁷ Wenn gerade dies die zweite O. Örlikon StAZ A 97.5 in Art. 1 doch zu tun scheint, so erweist doch der übrige Text, daß hier nicht eine grundherrliche O. noch eine gerichtsherrliche vorliegt, sondern eine eigentliche Gemeindeöffnung, d. h. eine Fixierung sowohl des konkreten Dorfgewohnheitsrechts (Wässerungs- und Wegeordnung) als auch des Gewohnheit gewordenen Einungsrechts (Art. 3: alle Güter sollen auf St. Verena offen und Stroffelfeild sein; deutlich in Art. 16: gewohnheitsmäßig werden die Weiden Ende April gebannt — vgl. GW I 74 Z 24 f. — das wird als Regel festgehalten, ebenso aber die Möglichkeit, daß die Gebursami anders beschließen kann). Als solche Gemeindeöffnung nennt sie denn weder das Recht der Bußsatzung, das selbstverständlich ist, noch die Bußen selbst der Höhe nach, was gerade der Satzung vorbehalten ist. So ist auch Art. 1 (die Gebursami kann über das Weiden beschließen, doch nur bis Mitte April) wie Art. 16 eine Fixierung gewohnter Satzung (bis Mitte April), welcher die Norm, daß darüber zu beschließen sei, vorangestellt ist, vgl. GW I 74 Z 23 f.

⁹⁸ Hinten 107 f.

mischen hat, daß die Satzung ihr allein zusteht ⁹⁹. Ob sie etwa auch auf die Hilfe der Herrschaft bei der Einziehung der Bußen dringt, erscheint möglich, aber zweifelhaft. Man könnte das bei Formulierungen, welche diese Rechtshilfe nur auf Wunsch der Gemeinde eingreifen lassen, annehmen ¹⁰⁰. Auf der andern Seite wird diese Zuständigkeit dem Herrn etwa gegeben, «ob si dar zû ze krank wârin» ¹⁰¹; und hierin kann ebenso gut wie das Interesse der Gemeinde, dasjenige der Herrschaft an der Durchsetzung des Rechts überhaupt gesehen werden.

Unzweifelhaft auf die Gemeinde zurück geht aber die Bestimmung der Öffnung Ellikon a. d. Th. ¹⁰². Es soll niemand Eicheln schütteln oder lesen, bevor die Gemeinde über die Art der Nutzung beschließt. Nur die, welche eigenes Holz haben, dürfen darin die Eicheln schütteln und dürfen bei dieser Arbeit die Schweine des Dorfes, welche sonst auch in den Privatwäldern weiden können, aus ihrem Waldstück treiben. Jedenfalls darf kein Genosse fremde Schweine in der Gemeinde Waldungen lassen. Keine dieser Bestimmungen berührt die Herrschaft im geringsten. Das ist eine Ordnung, wie die Gemeinde sie trifft; was gleichbleibt — die Ausnahmestellung der Eigenhölzer und ihr Verhältnis zum allgemeinen Weiderecht, der Ausschluß fremder Schweine — wird als feststehendes Gewohnheitsrecht niedergelegt. Die Bestimmung über die Nutzung aber gehört dem Einungsrecht an; sie wird nur erwähnt, um die Ausnahme für die Eigenhölzer verständlich zu machen, welche Ausnahme als ein Vorzugsrecht einzelner in der Öffnung festgehalten werden soll. Darum geht es der Gemeinde in dieser Bestimmung, nicht aber darum, sich ihres Beschlußrechts zu vergewissern. Deshalb umfaßt diese Bestimmung denn auch nicht das ganze Einungsrecht, sondern nur einen Anwendungsfall davon; und deshalb auch ist von den Bußen, die darauf gesetzt werden, nicht die Rede; denn daß der Beschluß über den Bann der Eicheln mit Sanktionen ausgestattet ist, erscheint ihr selbstverständlich. Und ganz Ähnliches ließe sich für die Gemeindeöffnung von Örlikon ausführen ¹⁰³.

Nach diesem mag der Anteil, den die Gemeinde an den Öffnungssätzen über den Einung hat, gering erscheinen. Die Öffnung scheint tatsächlich im wesentlichen die herrschaftlichen Rechte zu enthalten. Das kann hier aber nicht viel mehr bedeuten, als daß der Einung eben ein

⁹⁹ Vorn 33 N 7.

¹⁰⁰ Z. B. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 2 «ob si went»; O. Bassersdorf RQ I 393 Art. 62 Abs. 2: «wenn die gebursami ein vogt darum anrûft».

¹⁰¹ O. Albisrieden 15. Jh. RQ I 119 Z 4 f.

¹⁰² Vorn 48 N 95.

¹⁰³ Vorn 49 N 97.

typisches Recht der Gemeinde ist, von welchem gewöhnlich nur die herrschaftlichen Aspekte in die Öffnung aufgenommen werden. Diese Aspekte aber müssen uns dazu dienen, das Gemeinderecht zu erschließen. Wenn wir so die eigenste Rechtsordnung der mittelalterlichen Gemeinde uns vor Augen führen, dann wird auch die Frage nach dem Anteil der Gemeinde am Recht der Öffnung weniger schwer wiegen, erkennen wir doch, daß nicht im Öffnen und Weisen des Rechts die rechtliche Selbständigkeit der Gemeinde zu suchen ist, sondern im eigenen Setzen von Recht im Einung, das verschieden ist vom gewohnheitlichen und von dem von der Herrschaft gesetzten, welche beiden Arten vor allem in der Öffnung erscheinen ¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Über die Frage der Schichtung in den Öffnungen siehe vorn 38 N 27, hinten 83 N 25 und 84 N 34.

2. Kapitel

Der Begriff des Einungs

Bis jetzt war vom ländlichen Einung die Rede, ohne daß wir uns über den Inhalt dieses Wortes klar geworden sind. Es wurde weit gefaßt, und recht verschiedene quellenmäßige Befunde mußte es decken. Wir werden nun zeigen müssen, was wir in den Quellen darunter zu verstehen haben.

I. Das Wort «Einung»

Das Wort einung, einig, eining wird in unseren Quellen sozusagen immer als Maskulinum gebraucht. Nur in seltenen atypischen Fällen wird es feminin verwendet, so in der Offnung Flaach «die muteynung»¹ und in der Offnung Albisrieden 1561 «die einung»², beidemale die Buße bezeichnend, so in der Vogtoffnung Altikon 1502 zur Bezeichnung des Pflichtenhefts des Forsters³ und in der Offnung Schlieren, wo mit «als in der Einigung stäth» auf den ländlichen Einung als Satzung verwiesen wird⁴; diese Fassung erscheint aber gegenüber der parallelen Offnung Dietikon als Verballhornung, wird doch dort mit «als der eining stat» einfach auf die Höhe des Bußsatzes, wie er beschloßen wurde, verwiesen⁵. Der maskuline Gebrauch des Wortes Einung widerspricht unserem heutigen Sprachempfinden, welches Einung spontan als Einigung versteht; allein eben dieser Anklang an ein verwandtes Wort führt zu einem Mißverständnis des Begriffs⁶; so wollen wir lieber dem Gebrauch der Quellen

¹ GW I 94 Abs. 10.

² RQ I 139 Z 10, 14, 17 f.: späte Entwicklung; im selben Jahr auch masc.. RQ 126 Z 16; in der 2. Rezension der O. masc.: RQ I 120 Art. 28.

³ RQ I 212 Z 25.

⁴ ZSR 4 b 153 Abs. 5.

⁵ RQ II 361 Z 19.

⁶ Nach G. L. von Maurer Markenverfassung 275 heißen die Bußen Einungen, «weil sie auf einer Einigung der Markgenossen beruhten». G. Goetz Niedere Gerichtsherrschaft und Grafengewalt im badischen Linzgau 1913 32 N 3: «Die Bezeichnung dieser vom Gerichtsherrn erlassenen Ordnungen als ,aynungen' erinnert deutlich daran, daß diese Befugnis von den Mark- und Dorfgewossen überkommen ist.»

folgen. Lateinisch erscheint, was als Einung übersetzt wird, mit *vadium* bezeichnet ⁷, nicht etwa mit *unio* ⁸; daß nicht *unio* das dem deutschen «einung» entsprechende lateinische Wort ist, spricht auch dafür, daß «einung» nicht feminin, sondern maskulin gebraucht werden soll. Vor allem aber werden damit Verwechslungen mit anderen wissenschaftlichen Termini, etwa mit dem Gierke'schen Einungsbegriff vermieden. — Der Plural wird gebildet mit *einung*, *einunge*, *einungen*.

Das Wort kommt oft in Verbindung mit anderen Wörtern (wie Bann, Buße, Ordnung, Gewette) vor. Diese Paarformeln geben uns Hinweise auf die Bedeutung des Wortes.

II. Die Bedeutung des Wortes «Einung»

Das Wort Einung bedeutet im Mittelalter Verschiedenes ⁹. So kann es einmal eine Übereinkunft zwischen zwei bestimmten Parteien bedeuten; mit diesem Inhalt wird es in der Offnung Erlenbach 1510 gebraucht: Der Abt von Einsiedeln bannet seine Güter; von den Hofleuten kann jeder einzelne für seine Güter mit dem Abt «den Eining han» ¹⁰. Hier ist ein eigentliches Vertragsverhältnis gemeint. Der Gedanke des Übereinkommens liegt aber auch dann im Worte Einung, wenn es Satzung durch eine Mehrheit von Personen bedeutet. Dem mittelalterlichen Rechtsdenken erscheint die Rechtsetzung durch eine Personengesamtheit als Übereinkunft; in dieser Hinsicht zeigt der Einung sich wirklich als Einigung. So sagt die Offnung Brütten: «was der meyst von den hoffjungern *ubereinwerde*», das soll die Minderheit für Recht achten, und spezialisierend fährt sie fort: «ob man hie ein *einigung* machaty» über das Korn ¹¹. Und in der Offnung Rorbas heißt es: «weß die gmeind *übereinkompt* vmb einung» ¹². Auch wo der Gedanke der Übereinkunft nicht so klar aus-

⁷ O. Fluntern vor 1346 GW IV 324 Z 4 f.: *de vadiis que dicuntur gewette und einunge*; O. Höngg 1338 Stutz RQ 13 Z 19 f.: *vadia que dicuntur einunge*; O. Albrisrieden vor 1346 I 113 Art. 28: *vadium dictum einung*.

⁸ Mit *unio* übersetzt es G. L. von Maurer Markenverfassung 307; bei H. Reunefahrt Grundzüge II 93 für den städtischen Einung; Lamprecht Wirtschaftsleben I 1 307.

⁹ Vgl. *Lexer* Mittelhochdeutsches Handwörterbuch I Leipzig 1872 Art. «einunge»; *Deutsches Rechtswörterbuch* Bd. 2 Weimar 1932—35 Art. «Einung». Glossierend wird Einung meist als «Satzung, dann Buße» erläutert, so *Hoppeler* RQ I 78 N 2.

¹⁰ Schauberg B 8 284 Art. 3.

¹¹ RQ II 153 Abs. 5.

¹² GW I 89 Abs. 10.

gesprochen wird, ist er lebendig¹³. Aber wenn auch im Institut des Einungs der Gedanke der Übereinkunft lebt, so müssen wir doch gleich sagen, daß der Einungsbegriff unserer Quellen mit dem Begriff der freien Einung, den *Otto von Gierke* geprägt hat, nichts zu tun hat. Mit «freier Einung» bezeichnet Gierke ein körperschaftliches Verbundensein, das seinen Grund im Willen der Verbundenen hat¹⁴. Er prägte diesen Begriff aus dem Sinn des «Einens», des «Sich Einigens» und des «Sich Vereinens». Den Einung unserer Quellen einfach auf diesen Sinn zurückzuführen, hieße, ihn wohl als Übereinkunft verstehen, nicht aber den eigentlichen Begriff erfassen. Zumeist nämlich bedeutet Einung weder die individuelle noch die generelle Rechtsetzung als Übereinkunft.

In einer Paarformel findet man Einung oft mit *Bann* zusammengestellt. «Wår den Bann vnnd Einung nit halten welte», dem soll man es bei drei, sechs und neun Schillingen und bei drei bis neun Pfund gebieten¹⁵. Wenn die Gemeinde den Einung nicht macht, soll der Herr dazu sehen, «daß die benne vnd einung gemachet werd»¹⁶. Welchen der Herr zu pfänden nicht zuständig ist, «dem sol man sin holz uß dem Einung lassen und uß dem Banne»¹⁷. In einem Vergleich zwischen Bauern und Tagnauern, den zürcherische Ratsverordnete zustande bringen, wird ein «holtz einung und bann ufgesetzt»¹⁸, womit die Bußsätze für widerrechtlich geschlagenes Holz gemeint sind. In diesen vier Stellen tut sich schon die ganze Bedeutungsvielfalt der Paarformel und der beiden Einzelwörter auf. «Bann und Einung» heißt in der Offnung Wallisellen einfach die geltende Rechtsordnung, ist die Objektivierung der Zwing- und Banngewalt. Die Offnung Rüsclikon/Rüfers spricht zuerst davon, daß die Gebursami den «Einung machen» solle; nur wenn sie darin säumig wäre, soll der Herr «benne vnd einig machen»; damit ist nicht die Rechtsordnung im allgemeinen, sondern die besondere Regel, die besondere Norm, die gesetzt wird, gemeint. In der Offnung Fluntern sodann geht es um den Geltungsbereich dieser besonderen Norm, wobei ganz konkret an den räumlichen Bereich gedacht wird: ein bestimmtes Waldstück soll der besonderen Ordnung, dem Bann und Einung nicht unterstehen. Der Vergleich für Affoltern schließlich braucht «holtz einung und bann»

¹³ Hinten 72 f.

¹⁴ Das deutsche Genossenschaftsrecht I 1868 221.

¹⁵ O. Wallisellen 1528 StAZ A 97.7 Art. 1.

¹⁶ O. Rüsclikon/Rüfers ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15.

¹⁷ O. Fluntern II ZSR 4 b 143 Z 24.

¹⁸ Affoltern a. A. 1563 RQ I 78 Z 25.

scheinbar einfach für Buße; doch wird in diesem Vergleich, wo nur Buße gemeint ist, auch nur «Buße» gesagt¹⁹; die Paarformel bedeutet daher mehr, bedeutet, daß erst mit der Aufstellung dieser Bußen das Holz gebannt wird; sie bedeutet daher mit einem Wort «Buß-Satzung».

Und doch heißt «Einung» häufig auch Buße. So folgt in der Öffnung Rüschlikon/Rüfers im gleichen Artikel auf die genannte Paarformel die andere: «wa och da einung vnd büß verschult wurde»; und schon die alte lateinische Öffnung Rüfers setzt Einung mit Buße gleich²⁰. «Was Einigen oder büßen darvon gefielend» heißt es im Spruch über Wiesen-dangen 1490²¹. Nach dem Hofrodel Einsiedeln, der für mehrere zürcherische Dörfer Geltung hatte, gehören dem Gotteshaus «getwing vnd bann, einung vnd ursetze vnnd alle gerichte»²²; obwohl zwischen Zwing und Bann und den Gerichten stehend, kann Einung hier zusammen mit den Ursätzen wohl nur Buße heißen. Diese Stelle zeigt, daß «Einung» durchaus nicht nur die Buße meint, welche die Gemeinde aufsetzt. Sofern Einung nur Buße heißt, kann vielmehr ebensowohl an eine herrschaftliche Buße gedacht sein²³. Dies ist aber daraus zu erklären, daß die Bedeutung «Buße» erst eine eingeschränkte zweite ist. Ein zürcherischer Vergleich zwischen Bauern und Tagnauern nennt «holtzbüßen und einung» zusammen²⁴; da es sich um die Teilung des Ertrages handelt, können nur die Bußen gemeint sein. Auch dann bedeutet Einung Buße, wenn vom «eining innemen»²⁵, vom «eining geben»²⁶, oder davon die Rede ist, «was da eining gefallen»²⁷. Gerade diese letzte Stelle aus der Öffnung Albisrieden zeigt aber, daß Einung im gleichen Satz zuerst Buß-satzung und gleich darauf Buße als Bußertrag heißen kann. Im Wort «Einung» liegt beides zugleich; erst das Verb, mit dem es verbunden ist, legt die Bedeutung nach der einen oder andern Seite hin fest: Was sie

¹⁹ Z. B. RQ I 79 Z 1 und 12.

²⁰ GW IV 327 Z 29 f.: *penarum dictarum einung*.

²¹ StAZ Urk. Hegi Nr. 14.

²² Original Stiftsarchiv Einsiedeln, Photokopie StAZ A 97.3 «Erlenbach», vgl. GW I 149 letzter Abs.

²³ O. Högg 1338 Stutz RQ 10 Z 28, der lat. Text 10 Z 20 braucht dafür *pena*. Ungewiß ist, ob in Rümlang GW IV 332 Art. 6, wonach der Meier um «richtschilling» und «eining» pfänden soll, herrschaftliche Buße oder der von der Gemeinde gesetzte Bann gemeint ist. O. Wiedikon GW IV 286 Z 2 v. u. «einig vmb todschleg», 287 Art. 4.

²⁴ Dielsdorf 1571 RQ II 341 Z 16.

²⁵ O. Männedorf 1534 gedruckt bei C. Bindschedler Geschichte der Gemeinde Männedorf 1938 16 Art. 23.

²⁶ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 389 Art. 30; O. Örlikon GW I 74 Z 21.

²⁷ O. Albisrieden 15. Jh. RQ I 119 Z 3.

«under in selber eining machent» — diese Formulierung meint die Satzung; «was da eining gefallen» — meint den Geldertrag der Buße ²⁸.

Nicht das Substantiv «Einung», sondern das Verb gibt den eigentlichen Aufschluß über die Bedeutung des ländlichen Einungs. Der Paarformel «Bann und Einung» entspricht nun verbal, daß das Recht der Gemeinde, welches wir Einungsrecht nennen, häufig als ein Recht «zu bannen» ²⁹, «Bann zu machen» ³⁰, «auf etwas einen Bann zu tun» ³¹ erscheint. Daß damit nicht etwa vom Einung Verschiedenes gemeint ist, ergibt äußerlich die Nähe und das Aufeinanderbezogensein der Begriffe, innerlich aber das Institut selbst. Unmittelbar auf das Recht zu bannen folgt in der Offnung Wipkingen der Satz, daß «dieselben Einung» zwischen Gemeinde und Ammann geteilt werden («Einung» allein heißt wieder nur Ertrag der Buße). Und in der Offnung Dietikon folgt auf die Artikel, welche der Gebursami das Bannen zugestehen, die Bestimmung, daß, «wz si da büßen uff sich selben setzend», diese Bußen ihnen gehören sollen. Heißt es in Dietlikon und Dübendorf, daß «by einer büß» zu bannen sei bzw. «bânn ze machen» seien, so soll in Altstetten der Vogt «dieselben bânn inzeziehen» den Vierern helfen ³². Das ist die äußere Bezogenheit von Bann und Einung als Buße. Aber Bannen bedeutet an sich schon, daß ein bestimmtes Verhalten verboten und auf die Übertretung dieses Verbotes eine Buße gesetzt wird. Das ist den Quellen selbstverständlich. Deswegen sprechen die Offnungen Dietikon und Wipkingen nach dem Bannen ohne Übergang von den Bußen oder Einungen und ihrer Verteilung, und die Offnungen Dietlikon und Dübendorf erwähnen nur deshalb, daß das Bannen «by einer büß» geschieht, weil sie über die Höhe dieser Buße etwas auszusagen haben. Der Bann ist das Verbot eines bestimmten Verhaltens in einer bestimmten Zelge, in einem bestimmten Wald; auf die Übertretung dieses Verbotes wird eine Buße gesetzt. Bannen und Setzen der Buße ist eins, weil ohne Bußsetzung der Bann nicht durchgesetzt werden könnte.

²⁸ S. N 27.

²⁹ O. Wipkingen ZSR 4 b 196 Z 9: ze bannen Holz oder Veld; O. Dietikon RQ II 362 Z 28: zelg zwingen und bânnen, Z 31: eichlen bânnen; O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Z 4 f.: holz, veld, wun und weid . . . verbannen; Benken 1477 RQ I 445 Z 24; O. Fehraltorf 1474 StAZ A 97.3: holz vnd veld bannen; Marthalen Schauberg Z 154 Z 3: holz und veld gebannen.

³⁰ O. Altstetten 1429 RQ I 276 Art. 41; O. Dübendorf 15. Jh. RQ II 451 Z 32; O. Rümlang 15. Jh. GW IV 332 Z 7: «die benne, die man machet».

³¹ Spruch Wiesendangen 1490 StAZ Urk. Hegi Nr. 14: «uff sölich gemeinwerck einicherlay ban zutund».

³² S. die Zitate in N 29 und 30.

Und deshalb ist umgekehrt zu sagen, daß «Einung ufsetzen»³³, «Einung setzen»³⁴, «Einung machen»³⁵ zugleich auch Bannen bedeutet. Diese Ausdrücke scheinen dem heutigen «Recht setzen» zu entsprechen. Sie tun es aber nur in dem Sinne, daß der abstrakte Begriff der Rechtsetzung sich historisch wohl von solchen konkreten Begriffen herleitet. «Einung setzen» heißt eine Strafe in Form einer Buße für ein bestimmtes verbotenes Verhalten festsetzen. «Einung» kann dabei selbst Buße heißen; es kann aber auch der Bedeutung «Bann» angenähert und gegen die «Buße» abgehoben sein³⁶. «Einunge ufsetzen» bedeutet in gleicher Weise das Verbot eines Verhaltens unter Strafdrohung; und auch da kann «Einung» das eine Mal dieses Verbot *und* die Buße bedeuten, ein andermal kann das Verbot gegen die Buße abgehoben sein³⁷. Das letzte Zitat ist für diese terminologische Erörterung sehr aufschlußreich. Der lateinische Text der Öffnung Hönng macht die Unterscheidung zwischen «*vadia constituere*» und «*penas imponere*», was in der Übersetzung mit «*einunge ufsetzen*» und «*büßen uflegen*» wiedergegeben wird. Dem Setzen der Bußandrohung steht hier klar das Ausfällen der einzelnen Buße gegenüber³⁸; um dieser letzteren willen, um der Teilung des Bußertrages willen — haben wir gesehen³⁹ — steht diese Bestimmung in der Öffnung. Bedenkt man, daß im Deutschen der Unterschied von *constituere* und *imponere*, welche Verben beide «setzen, festsetzen» bedeuten können, verwischt wird⁴⁰, und bedenkt man weiter, daß es in der Öffnung oft nur auf den Bußertrag ankommt, dann wird man gewahr, daß wir in

³³ O. Hönng 1338 Stutz RQ 13 Z 20 f.; O. Örlikon GW I 74 Z 17 f.: *ir einung ... vnder in ufsetzen*; Affoltern a. A. 1563 RQ I 78 Z 25: *holtz einung und bann ufgesetzt*.

³⁴ O. Dietikon RQ I 363 Art. 33; O. Bassersdorf RQ I 389 Art. 30, 393 Art. 62; O. Seebach ZSR 4 b 92 Z 12.

³⁵ O. Männedorf 1534 C. *Bindschedler* a. a. O. 16 Art. 23; O. Meilen ca. 1400 StAZ A 97.4 Art. 19: *ouch sond si einig machen*.

³⁶ Das erstere in O. Bassersdorf RQ II 389 Art. 30: «*der sôlt den einung geben, der daruff gesetzt wurde*»; das zweite am selben Ort 393 Art. 62: «*ein eynung setzen ... und wer denn den eynung verschult, da sol di büß ...*»

³⁷ Das erste in O. Örlikon GW I 74 Z 17 f. und 21, das zweite in O. Hönng 1338 Stutz RQ 13 Z 19 ff.: *einunge ufsetzent ... und was büßen si denen uflegent*; lat.: *vadia constituunt ... penas inponunt*.

³⁸ Ebenso spricht O. Schwamendingen Hotz Sp. 12 Art. 17 von «*einung ufsetzen*» und von «*pen uflegen*».

³⁹ Vorn 35.

⁴⁰ Bemerkenswert für diese geringere Unterscheidung im Deutschen ist, daß, während die Parallelübersetzung zur Hönnger Öffnung die genannte Unterscheidung nachahmt (N 37), die erneuerte Öffnung von 1539 für *constituere* sowohl wie für *imponere* «*ufsetzen*» braucht: Stutz RQ 32 Z 31 ff.

die Ausdrücke «einung setzen» und «ufsetzen» beide Gedanken legen müssen, welche lateinisch getrennt sind: das Aufstellen eines Verbotes (das «Bannen») und die Festsetzung einer Buße. Umsomehr müssen wir dieses zwar mit dem lateinischen Text der Höngger Öffnung auseinanderhalten, aber in den meisten deutschen zusammendenken, als es auch selbständige deutsche Formulierungen gibt, welche den Unterschied machen. Nach der Öffnung Nöschikon soll die Minderheit das, was «der meyer mit seinen nachgeburen dem merteil *vbereinkunt umb einung* oder ander ding . . . stäth han oder er git *die bûß, so darüber gesetzt wirt*»⁴¹. In diesen Stellen zum mindesten wird deutlich, daß «Einung» nicht nur Buße heißt, daß «Einung» aber auch nicht die Übereinkunft und Satzung meint: das wird mit constituere und übereinkommen gesagt. «Einung» ist der Gegenstand des Übereinkommens, der Satzung (*vadia constituere, vadia facere, einung machen*). Ist aber «Einung» der Gegenstand des Übereinkommens, dann heißt dieses dasselbe wie «Bann»: Einung ist der Bann in diesem engen Rechtskreis der dörflichen Wirtschaft. Was die ausführlichsten Quellen hergeben, müssen wir als das Eigentliche annehmen. Das schließt, wie sich gezeigt hat, nicht aus, daß «Einung» auch Satzung, daß es auch Buße heißen kann. Immer aber bewegt sich Wort und Begriff in unseren ländlichen Quellen im Bereich des Bannens. Deshalb wird die Frage dringend, in welchem Verhältnis der Einung, das heißt der Bann der Dorfgemeinde zum Zwing und Bann stehe.

III. Das Verhältnis des Einungs zu Zwing und Bann

Zwing und Bann umfaßt die niedere Rechtsherrschaft im Dorf. Zwing und Bann steht denn auch regelmäßig einer Herrschaft zu, nicht dem Dorfe selbst⁴². Wenn wir die Zuständigkeit der Gemeinde, welche in den Quellen als Einung oder als Bann erscheint, als zwar in Zwing und Bann inbegriffen, aber doch gegen diesen höheren Rechtskreis abgegrenzt erkennen, so haben wir den Begriff des ländlichen Einungs. Wir verstehen darunter das Recht der Gemeinde, in den Belangen ihrer Wirtschaft zu bannen. Wir schaffen damit einen Begriff, dessen Inhalt (das Bannrecht der Gemeinde) gewöhnlich als Zwing und Bann der Gemeinde bezeichnet wurde, und heben so den Einung als Gemeindebann gegen den herrschaftlichen Zwing und Bann ab. Grundsätzlich verstehen wir unter Einung

⁴¹ Ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8.

⁴² Vgl. die gegensätzliche Auffassung *Viktor Ernsts* dargestellt vorn 25 f.

also eine *Gemeindezuständigkeit*; wie weit diese sich aber gegenüber der herrschaftlichen auszubilden vermochte, ist die geschichtliche Frage.

Die Quellen legen oft Wert darauf, die enge Beziehung zwischen Zwing und Bann und Einung hervorzuheben. So dürfen in Hedingen weder die Gotteshausleute noch der Vogt einen Einung ohne Mitwirkung des grundherrlichen Ammanns machen, «won och zwing vnd benn des gotzhuß sind»⁴³. In Rümlang darf die Minderheit die Frage, ob gebannt werden soll, vor die Äbtissin bringen, welche dann entscheidet, «wann ouch der bann des gotzhuß angehört»⁴⁴. In der Offnung Erlenbach stellt der Abt von Einsiedeln fest, daß Zwing und Bann ihm zustehen; gleich anschließend ordnet er das Bannen der Güter, wobei jeder von den Genossen für seine Güter mit dem Herrn «den Eining han» kann⁴⁵. «Alle bott vnnd verbott, so den nyderen gerichten zu gehoren», stehen in Flaach dem Vogtherren zu; *deshalb* («dann») — heißt es anschließend — gehören von der «muteynung» zwei Drittel dem Dorf und ein Drittel dem Vogtherrn⁴⁶. Zu Dietikon hat der Grundherr die Hölzer «ze twingen und bannen»; der Einung wird ebenfalls im Drittelsverhältnis geteilt⁴⁷. Selbst in der räumlichen Bedeutung kommt der Begriff Zwing und Bann mit dem Begriff Einung verbunden vor⁴⁸. In Hedingen und Rümlang wird Zwing und Bann ausdrücklich zur Begründung einer Einschränkung des kommunalen Einungsrechts angerufen. Der Einung ist damit ein engerer, in Zwing und Bann enthaltener Begriff. Die anderen Stellen, in welchen die Verbindung mehr aus dem Zusammenhang als aus eigentlicher kausaler Verknüpfung zu ersehen ist, scheinen dieses Verhältnis doch zu bestätigen. Besonderes Gewicht erhält hier die frühere Beobachtung, daß die Bestimmungen über den Einung sich immer in der Offnung des Inhabers von Zwing und Bann finden⁴⁹. Zunächst heißt das zwar nur, daß der Einung mit der höheren Gerichtsbarkeit nichts zu tun habe. Allein die Qualität dieser Bestimmungen als Zuständigkeitsnormen, welche entweder die Gemeindezuständigkeit einschränken oder sie gegen die herrschaftliche bestärken, zeugt doch dafür, daß der Einung, dessen Inhalt sonst schon in Zwing und Bann begriffen wäre, gegen diesen umfassenderen Rechtskreis abgehoben werden muß.

⁴³ GW IV 293 Art. 10.

⁴⁴ GW IV 332 Z 16 f.

⁴⁵ O. 1510 Schauberg B 8 284 Z 3 ff.

⁴⁶ GW I 94 Abs. 10.

⁴⁷ RQ II 361 Art. 20.

⁴⁸ Benken 1513 RQ I 451 Z 32: «als ferr vnd wyt irs dorffs zû Bengken zwing, ban und aynung gat».

⁴⁹ Vorn 46 ff.

Wenn wir so annehmen, der Begriff des Einungs sei als ein engerer in dem von Zwing und Bann enthalten, so fragt sich weiter, wieviel von dieses letzterem Inhalt ⁵⁰ auch dem Einung eigne.

1. In Zwing und Bann ist zunächst das Recht zu gebieten und zu verbieten enthalten. Auch der Einung ist ein Bann; sein Inhalt ist wesentlich ein *Verbot* oder ein *Gebot* in den *wirtschaftlichen* Belangen des Dorfes. Damit ist schon gesagt, daß alle gerichtsherrlichen Rechte im engeren Sinne, welche der Zwing und Bann umgreift, im Einungsrecht nicht enthalten sind: das Recht, zum Gericht aufzubieten, das Gericht zu bannen und es zu leiten ⁵¹. Dieses sind in unserer Gegend regelmäßig ausschließlich herrschaftliche Rechte. Die Gemeinde aber verbietet, Holz zu schlagen, in der Allmend zu weiden, sie gebietet, wann mit dem Heuen angefangen werden soll, sie gebietet, daß ein Stück der Feldflur eingefangen, das heißt eingezäunt und der Nutzung entzogen werden soll. Wo der Gemeinde das Recht zum Einung zusteht, steht ihr wesensmäßig nichts anderes als Gebot und Verbot zu. Die Einschränkung gegen Zwing und Bann wird, wenn nicht im Wesen, so im Umfang des Rechts liegen müssen. Allgemein gesprochen ist die Gemeinde nur in den eigentlich wirtschaftlichen Angelegenheiten zuständig. Ihr Bann erstreckt sich auf «holtz, veld, wun und weid» ⁵², oder nach der kürzeren Formel auf «holtz vnd veld» ⁵³. Andere Umschreibungen sind noch allgemeiner ⁵⁴ oder scheinen spezieller ⁵⁵, meinen aber etwa dasselbe.

Um die Einschränkung deutlicher zu sehen, fragen wir nach ausdrücklich herrschaftlichen Kompetenzen. Unter ihnen sticht besonders das *Efadengebot* hervor; das ist das Recht, die Instandstellung und Ausbesserung der Einzäunungen bis zu einem gewissen Zeitpunkt zu gebieten. In vielen Offnungen wird dieses Efadengebot ausdrücklich dem Herrn

⁵⁰ Für den Inhalt von Zwing und Bann folgen wir der Umschreibung, die *Friedrich von Wyß* Abhandlungen 33 gegeben hat und auf welche man — nach noch so vielen Erörterungen — immer zurückkommt.

⁵¹ Mit *H. Glüsch* Untersuchungen zur mittelalterlichen Vogtgerichtsbarkeit 1912 20 f. sehen wir diese Kompetenzen in Zwing und Bann begriffen.

⁵² O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Z 4 f.

⁵³ O. Rorbas 1605 GW I 89 Abs. 10; O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Art. 62; O. Männedorf 1534 C. *Bindschedler* a. a. O. 16 Art. 23; Marthalen Schauberg Z 154 Z 3; O. Fehraltorf StAZ A 97.3 Abs. 11.

⁵⁴ O. Bäretswil 1475 RQ I 362 Art. 42: «des dorfs halb»; O. Wülflingen 1484 GW I 139 Abs. 2: «waß daß dorff zeschaffen hat».

⁵⁵ O. Obernhäusen 1393 GW IV 303 Art. 6: «vmb zünen, vmb schniden oder vmb ander ding».

vorbehalten ⁵⁶, auch die Buße gehört gewöhnlich ihm ⁵⁷. An diesem herrschaftlichen Vorbehalt des Efadengebots ändert sich nur scheinbar etwas in den Fällen, in denen es den Dorfmeiern oder dem Forster zusteht, die Efaden zu gebieten; daraus, daß die Buße immer ganz dem Herrn zukommt, wie auch daraus, daß die Dorfbeamten das Gebot nicht selbst durchsetzen, sondern dessen Mißachtung nur dem Herrn anzuzeigen haben, ergibt sich, daß hier eine eigentliche Übertragung einer herrschaftlichen Funktion vorliegt, wobei aber gerade die Berechtigung selbst dem Herrn bleibt ⁵⁸. Diese Hervorhebung des Efadengebots als einer herrschaftlichen Zuständigkeit fällt auf. Genannt wird es einmal als herrschaftliche Berechtigung gegenüber den Genossen, gleich wie andere Bußdrohungen. Ein weiterer Grund für die Hervorhebung ist aber gewiß der, daß es — wie schon die Übertragung einer Teilfunktion auf die Dorfbeamten zeigt — sachlich der Gemeinde nahelag, selbst zu den Zäunen zu sehen. Vielleicht suchte sich das Dorf manchmal diese Gewalt anzumaßen ⁵⁹. Die Nähe von Einung und Efadengebot zeigen dann spätere zürcherische Öffnungen, in denen die Gemeinde auch für die Efaden zuständig erklärt wird ⁶⁰. Gleichwohl läßt sich aus einem sachlichen Unterschied diese Ausnahme von der kommunalen Zuständigkeit begreifen. Das Fadengebot ist nämlich entweder zeitlich genau schon in der Öffnung bestimmt; es ist — anders als andere Termine der Bewirtschaf-

⁵⁶ So alle O. des Großmünsterstifts mit Ausnahme der Vogtoffnung Örlikon, z. B. Höngg 1338 Stutz RQ 13 Abs. 1; von den O. des Fraumünsterstifts diejenigen von Seebach und Wipkingen ZSR 4 b 92 Abs. 1 und 195 Abs. 7; O. Rorbas 1406 gedruckt bei *U. Meier* Geschichte der Gemeinden Rorbas, Freienstein, Teufen 1924 42 Art. 5; O. Sünikon Schauberg B 2 325 Abs. 3; O. Werdeggen StAZ A 97.7 Art. 18.

⁵⁷ O. Dietikon-Oberndorf RQ II 362 Art. 27: phadbüßen. Ausnahmen in O. Opfikon s. d. StAZ A 97.5 Photokopie Art. 6: zwei Drittel der Efadenbuße kommen der Gebursami zu, O. Hirslanden/Stadelhofen 1538 ZSR 4 b 80 Abs. 2: hälftige Teilung.

⁵⁸ Deutlich in O. Pfungen gedr. *Hauser* Neujahrsblatt Winterthur 1899 17 Art. 8: «an des Herrn statt»; O. Nürensdorf 1448 Schauberg B 3 6 Art. 11; O. Neftenbach GW I 77 Art. 30/31; O. Wülflingen 1484 GW I 137 Abs. 10: Forster; O. Bachs 1509 RQ I 342 Art. 19; O. Bäretswil RQ I 359/60 Art. 16/17. Vgl. *H. Rennefahrt* SBAG 10 (1952) 67.

⁵⁹ Deshalb sagt wohl die O. Dietikon RQ II 362 Art. 27 von den phadbüßen, daß sie dem Herrn gehören und daß «die gebursami nut damit ze schaffenn» habe. O. Oberdürnten 1485 RQ II 505 f. Art. 12—15, 20: Kompetenzkonflikt zwischen Dorfmeiern und herrschaftlichem Weibel.

⁶⁰ O. Töß 1536 GW I 134 Abs. 4; O. Dachsen 1511 RQ II 234 Art. 16; Hofrodel Fischenthal 1511 *Pestaltutz* II 83 Art. 21; vgl. hinten 126.

tung — unabhängig von den jeweiligen Umständen⁶¹; oder aber es wird dann nötig, wenn im Laufe des Jahres Zäune stark beschädigt werden; dann muß aber nur einem einzelnen die Instandstellung geboten werden; dieses Gebot wird nur für einen Dorfgenossen verbindlich, hat nicht Allgemeingültigkeit⁶²; die allgemeine Verbindlichkeit aber charakterisiert den Einung⁶³. Aber wenn auch dieses allgemeine Fadengebot nicht der Gemeinde zusteht, so gehört zum Inhalt des Einungs doch ein spezielles Zäungebot. Die Fluren und Wälder, welche die Gemeinde bannt, müssen eingezäunt werden; mit dem Bannen gebietet die Gemeinde diese Einzäunungen⁶⁴.

Eine zweite Einschränkung des Einungs gegenüber Zwing und Bann entspringt aus einem andern Grund und tritt weniger regelmäßig auf. Wenn sich auch die Zuständigkeit der Gemeinde zum wirtschaftlich bedingten Bann auf «Holz und Feld» erstreckt, so wird doch der Grundherr die Bewirtschaftung seiner eigenen Wälder nicht ganz der Gebursami überlassen. Vielmehr wird er, wenn auch die Gemeinde sie nutzen darf, den Bann sich selbst vorbehalten. Der Holzbann über den grundherrlichen Wald steht dem Grundherrn oder seinen Beamten zu⁶⁵, oder ihm steht wenigstens ein Minimalbann zu, der gewohnheitsrechtlich festgelegt ist und in der Öffnung genannt wird; in diesem Fall kann die Gemeinde dann «fürer bannen»⁶⁶. Es kann auch sein, daß die Bannkompetenz einfach nach dem Eigentum am Holz geschieden ist. Das Einungsrecht der Gemeinde zu Höngg erstreckte sich auf ihre eigenen Hölzer; ja, dieser von der Gemeinde gesetzte Bann war so wirksam, daß die Stiftspfleger später die Bußen, welche die Gemeinde gesetzt hatte, für den Bann über die Stiftshölzer übernommen haben⁶⁷. Wie dieser grundherrliche Bann über die eigenen Hölzer das Einungsrecht der Gemeinde einschränkt, zeigt besonders eindrucklich ein Spruch, der einen Wald in der Gemeinde

⁶¹ Z. B. O. Höngg 1338 Stutz RQ 13 Abs. 1; O. Bachs 1509 RQ I 342 Art. 19.

⁶² Z. B. O. Wülflingen 1484 GW I 137 Abs. 10.

⁶³ Hinten 64 ff. Neben diesem formellen Grunde sehen wir einen materiellen darin, daß die Zäune nicht nur im Innern der Dorfmark den Frieden wahren, sondern daß sie auch Zwing und Bann der Herrschaft gegen andere Dörfer und andere Herrschaften abgrenzen.

⁶⁴ Hinten 99.

⁶⁵ Altikon 1479 RQ I 209 Z 2 ff.; O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 154 Z 6 ff.; Bubikon 1498 RQ II 171 Z 30 f., 172 Z 6 ff.; O. Oberdürnten ca. 1485 RQ II 506 Art. 22; O. Hegi 1396/1464 GW I 122 Abs. 13 und 123 Abs. 3; Wädenswil ZSR 4 b 95 Abs. 2 und 96 Abs. 1; Rheinau Schauberg Z 156 Art. 17 Satz 2.

⁶⁶ O. Wipkingen ZSR 4 b 196 Abs. 1.

⁶⁷ 1527 Stutz RQ 25 Nr. 6.

Dachsen betrifft⁶⁸. Der Gemeinde Dachsen steht danach Gebot und Verbot über «ir eigne höltzer» zu; die Bußen gehören der Gemeinde. Die Rheinhalde aber, einen Wald, den der Vogtherr der Gemeinde streitig macht, dürfen sie nur mit dessen Erlaubnis bannen; die Bußen davon werden zwischen den Parteien hälftig geteilt. Später Entwicklungsstufe wie dieser Spruch gehört sodann die 3. Rezension der Offnung Albisrieden an, ebenfalls unter zürcherischer Herrschaft redigiert. Das alte Eigentum des Stifts an der Holzmark wird zuerst hervorgehoben. Das Holz zu bannen, kommt dem Untervogt zu; er bannt im Namen des Stifts bei der Buße der Obervögte; diese ist eine zürcherische Frevelbuße, neben welcher eine feste Einungsbuße gilt, von deren Ertrag zwei Drittel der Gebursami, ein Drittel den Stiftsverwaltern zufällt⁶⁹. Das ist die Bußenteilung, welche für den kommunalen Einung typisch ist. Ob die Gemeinde früher den Holzbann selbst ausgeübt hatte, ist aber nach der 2. Rezension nicht gewiß. Weil der Holzeinung in einem besonderen Artikel erwähnt wird und nicht im Zusammenhang mit der Regelung des Gemeindeeinungs⁷⁰, ist es schon möglich, daß zu dieser Zeit der Holzbann der Herrschaft zustand; weil die Bestimmung über den Holzbann aber darauf verweist, «als der eining denn stät, da er es gehöwen hat», und dies eine Verweisung auf den jeweiligen Gemeindeeinung sein kann, ist auch das Umgekehrte möglich⁷¹. Jedenfalls wissen wir aus dem Jahr, aus welchem die 3. Rezension der Offnung stammt, daß die Holzbuße «von dem gstitft und gmeind mit einanderen ufgesetzt wirt»⁷². Wahrscheinlich war die Gemeinde nie ganz selbständig im Setzen des Holzbanns.

Die Sonderstellung des Waldes als des größten Reichtums des Dorfes spricht sich auch in anderen Beschränkungen aus — in einem Weggabe- und Verkaufsverbot⁷³ oder in Einfang-, Ausgabe- und Verleihverbot mit Erlaubnisvorbehalt durch den Grundherrschaft⁷⁴. Sie zeigt sich aber insbesondere in den vielen Holzverordnungen, welche Zürich für die unter seiner Herrschaft stehenden Dörfer aufstellt. Hier zeigt sich dann auch, daß der Einung als Recht der Gemeinde nicht nur wegen der herrschaftlichen Berechtigungen ein gegenüber Zwing und Bann beschränkter Begriff ist, sondern daß er seine Schranken in sich selbst trägt. Denn diese

⁶⁸ 1511 RQ II 221 ff.

⁶⁹ 1561 RQ I 137 Abs. 1 und 139 Art. 28—30.

⁷⁰ 15. Jh. RQ I 120 Art. 28 und 119 Art. 22.

⁷¹ Hinten 124 f.

⁷² 1561 RQ I 126 Z 16 f.

⁷³ Birmensdorf RQ II 22 Art. 17.

⁷⁴ O. Berg a. I. 1539 RQ I 495 Art. 8—10.

zürcherischen Holzordnungen werden dringend, weil es der Gemeinde nicht gelingt, die Nutzung des Holzes befriedigend zu ordnen oder solche eigene Ordnung durchzusetzen ⁷⁵.

Der ländliche Einung ist somit gegenüber Zwing und Bann zunächst auf das nur wirtschaftliche Gebot und Verbot eingeschränkt; aber auch als wirtschaftliches Gebot und Verbot umfaßt er nicht *alle* wirtschaftlichen Angelegenheiten des Dorfes, zumeist nicht die Efaden, oftmals nicht die Waldungen, oder nur einzelne, oder nur in beschränktem Umfang.

2. Bedeutet Einung als in Zwing und Bann begriffen zunächst das Recht zu Gebot und Verbot, so fragt sich, welcher *Art* dieses Gebot und Verbot sein kann. Zwing und Bann begreift alle Arten von Geboten und Verboten in sich, die nur an einzelne gerichteten wie die für die Allgemeinheit verbindlichen, die konkreten wie die abstrakten. Ist der Einung demgegenüber beschränkt?

In der Regel ist der Einung an die Allgemeinheit gerichtet, ist also für jeden verbindlich. Die Genossen setzen den Einung «über sich selber» ⁷⁶. Sein Gegenstand ist die Zelgenordnung, die dorfwirtschaftliche Ordnung, die für alle gilt. Wer immer das Gebotene nicht einhält, muß die Buße erlegen. Ist der Einung aber auf dieses an jeden gerichtete Gebot und Verbot beschränkt? Schon die Betrachtung des Efadengebots erwies, daß die Individualität dieses Gebots wahrscheinlich der Grund für den Vorbehalt durch die Herrschaft ist. Es scheint, daß die allgemeinverbindliche Norm durch eine Mehrheit von Personen, die individuelle Norm aber durch einen einzelnen oder eine Behörde gesetzt werden sollte. Das ist ja nicht rechtswesentlich so. Aus unseren Quellen scheint sich das aber für Zeit und Gegend unserer Untersuchung zu ergeben. In dieser Zeit war die in Zwing und Bann erfaßte Herrschaft nicht voll einem Herrschaftsträger gegeben, vielmehr war sie geteilt zwischen einem Träger, der entweder in einer natürlichen Person (dem weltlichen Zwing- und Bannherrschaft) oder in einer von einem einzelnen bestimmend geleiteten juristischen Person (dem Kloster als dem geistlichen Zwing- und Bannherrschaft) verkörpert war, und einem anderen aus einer Personengesamtheit (der Gemeinde) bestehenden Träger. Und da schien es richtig, der Gesamtheit nicht einfach die Gebotsmacht in wirtschaftlichen Dingen zu geben, sondern nur die Macht zu solchen Geboten, mit denen sie sich selber als Allgemeinheit bindet, nicht aber die Macht zu Geboten, die

⁷⁵ Hinten 101 f.

⁷⁶ O. Fluntern ZSR 4 b 141 Abs. 4.

sie einzelnen auferlegen könnte. Dabei kommt es nicht so sehr darauf an, daß mehrere Personen gebieten. Auch die Dorfmeier sind ja eine kollegiale Behörde. Trotzdem können sie regelmäßig nur individuelle Gebote aufstellen, nämlich dann, wenn ihnen das Gebieten, Überwachen und Anzeigen im Rahmen des Efadengebots übertragen ist ⁷⁷. Der Einung als generelles Gebot und Verbot aber steht den Dorfmeiern selten und atypischerweise zu ⁷⁸. Wir müssen unseren Gedankengang daher unter die allgemeinen Gesichtspunkte der Autonomie und der Heteronomie stellen. Das individuelle Gebot ist in jedem Falle heteronom; was einem einzelnen oder wenigen einzelnen geboten wird, wird von einem «anderen» geboten, ob es nun die Herrschaft oder die Gemeinde tatsächlich gebiete. Das Einzelgebot steht daher auch der Heteronomie als rechtsorganisatorischem Prinzip besonders nahe; es ist seinem Wesen nach Heteronomie, daher entspricht es der organisatorischen Heteronomie gänzlich. Im System der Autonomie hingegen wirkt es fremd. Autonomie ist Rechtsetzung über sich selbst; sie verwirklicht sich am vollkommensten als Satzung einer generellen Norm im demokratischen Verfahren. Diesem Wesen der Autonomie entspricht der Einung; autonome Organisation und autonome Norm finden sich in ihm. Verwirklicht sich solchermaßen der Gedanke der Autonomie im Einung *völlig*, so verwirklicht sich aber auch *ausschließlich* dieser. Die Beschränkung auf die generell verbindlichen Normen grenzt zunächst den Einung gegen Zwing und Bann ab. Dann aber will sie fast schon eine andere Frage — jene nach der «Gemeindewerdung» der Dorfgenossenschaft — präjudizieren; gleich einer privaten Körperschaft setzt das Dorf sich selbst Regeln, die alle Genossen binden; sollte es damit aber anders als eine private Körperschaft hoheitliche Macht haben? Diese Frage wird uns noch beschäftigen ⁷⁹.

Wenn die Beschränkung auf die generellen Normen die Regel ist, so gilt diese doch nicht ausnahmslos. Der Gemeinde wird etwa das Recht eingeräumt «zebiethenn vnnd zestraffenn, zum ersten an dry schilling, so dänne von dry schilling an sechs schilling, da dannen an nün schilling» ⁸⁰. Diese drei Stufen des Gebotes sind im allgemeinen der für das individuelle Gebot typische Steigerungsmechanismus. Wird einem etwas

⁷⁷ Vorn 61.

⁷⁸ O. Dübendorf 15. Jh. RQ II 451 Art. 42; O. Flaach GW I 92 Abs. 7. Vgl. hinten 84 f.

⁷⁹ Hinten 116.

⁸⁰ O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 93 Art. 11; O. Töb 1536 GW I 134 Abs. 4; O. Embrach 1543 und 1551 StAZ A 97.3 1543 p. 21, 1551 p. 29.

bei drei Schilling Buße geboten und er kommt dem Gebot nicht nach, so wird es ihm bei sechs Schilling geboten usw. In der generellen Setzung des Einungs hat diese Steigerung keinen Platz; hier wird die Höhe der Buße entweder in der Offnung festgelegt ⁸¹ oder ihre Bestimmung der Gemeinde überlassen ⁸²; in diesen beiden Fällen enthält der Einung einen einzelnen einfachen, nicht einen sich steigernden dreifachen Bußsatz. Und dieser einfache Bußsatz ist wie die Beschränkung auf die generellen Normen das Ursprüngliche, Typische und Regelmäßige. Die für den dreifachen Bußsatz gegebenen Zitate kommen denn auch durchwegs aus jüngeren Offnungen. Zu dieser Zeit und an diesen Orten ist die Gemeinde in die Zwing und Banngewalt der früheren Herrschaft eingetreten; ihr Einungsrecht hat sich erweitert; es umfaßt jetzt auch das individuelle Gebot und Verbot ⁸³. Gleichwohl wird auch in dieser Zeit die Gesamtgemeinde in der Gemeindeversammlung nur das allgemein verbindliche Gebot und Verbot gesetzt haben.

Das Ergebnis, daß der Einung generelle Normen umfaßt, legt die Vermutung nahe, der Einung sei eigentliche «Gesetzgebung», d. h. Setzung generell-abstrakter Normen. Eine genauere Überprüfung zeigt aber, daß die Unterscheidung generell-abstrakter und individuell-konkreter Normen als solche nicht angewendet werden kann. Die Einungssätze sind nämlich nicht von Zeit und Ort unabhängig formuliert; man kann sie nicht als abstrakt bezeichnen. Sie verbieten nicht ein menschliches Verhalten schlechthin, sondern sie verbieten es während einer bestimmten Zeit und in bezug auf einen genannten Ort. Es wird eine bestimmte Zelge für eine bestimmte Zeit gebannt; ein bestimmter Tag wird für den Beginn des Heuens, der Ernte angesetzt; in dem oder jenem genau umschriebenen Waldstück wird Holz ausgegeben und es wird hernach wieder gebannt. Wie das mittelalterliche Rechtsdenken sich überhaupt ans Einmalig-Konkrete hält, so hat auch diese Rechtsetzung der Gemeinde einen einzelnen, genau umschriebenen Gegenstand, und sie stellt für ihn eine einmalige und zeitlich beschränkte Regel auf.

Von der zeitlichen und örtlichen Bestimmtheit der Einungssätze geben die Offnungen nur ein schwaches Bild. Sie sagen als Zuständigkeitsregeln ganz unbestimmt, daß die Gemeinde «Holz und Feld» bannen soll. Manchmal schlägt sich aber die immer wiederholte zeitliche und örtliche Bestimmung in der Offnung nieder, wenn auch für die Aufzeichnung der Gewohnheit vom Einzelfall bereits abstrahiert wird. Als Zeitbestimmung

⁸¹ Z. B. O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 153 Z 35 f.

⁸² Z. B. O. Rümlang GW IV 332 Z 10: «si setzen hoch oder nider».

⁸³ Hinten 127 ff.

erscheint in der Öffnung Sünikon, daß die Dorfwiesen «gen meyg gehöwet vnnnd inngefürt werdenn» sollen; während der einzelne Einung den Beginn des Heuens auf den Tag genau bestimmte, hält das Gewohnheitsrecht schon etwas unbestimmter fest, es solle «gen meyg» geheuet werden⁸⁴. Genauer festgelegt ist die Zeit des Bannens in der Öffnung Örlikon: die «feißen wisen» sollen Mitte April, die «mageren» Ende April gebannt werden⁸⁵. Eine Ortsbestimmung erscheint in der Öffnung Brütten, welche im besonderen denjenigen Einung nennt, «das man korn bannen wellty»; so wird der Bann auf eine einzelne Zelge begrenzt⁸⁶. Wie aus immer wieder gesetztem Recht Gewohnheitsrecht wird, zeigen auch die Öffnungen Albisrieden. Während die 2. Rezension auf die Höhe der Buße «als der eining denn stät» verweist und noch 1561 gesagt wird, daß Stift und Gemeinde den Einung jeweils setzen, so erscheint in der 3. Rezension der Öffnung vom selben Jahr der Holzeinung auf 1 Pfund 5 Schilling festgelegt⁸⁷.

Als Gebot und Verbot innerhalb von Zwing und Bann ist der Einung zwar in der Regel generell — das heißt für die Allgemeinheit verbindlich — aber nicht abstrakt, sondern konkret auf einen einzelnen Gegenstand und auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogen.

3. Bann so gut wie Einung bedeutet auch *Buße*. Die Buße sanktioniert Gebot und Verbot. Im Rechtskreis von Zwing und Bann ist die Buße bereits beschränkt durch den höheren Rechtskreis der Frevelgerichtsbarkeit. Dem Zwing- und Bannherrschaft gehört nur das Gebot bei drei, sechs und neun Schilling⁸⁸. In dieser Grenze hält sich auch der Einung, wenn er nicht noch mehr beschränkt ist. Diese Grenze gilt also auch, wenn der Gemeinde zugestanden wird, «hoch oder nider» zu setzen⁸⁹. Wenn ganz ausnahmsweise einzelne Bußsätze für bestimmte Einungen in der Öffnung genannt werden, so sahen wir darin soeben eine gewohnheitsrechtliche Erstarrung⁹⁰. Und auch die Nennung der Gebotssätze von drei, sechs und neun Schilling für den Einung erkannten wir bereits als Ausnahme,

⁸⁴ Schauberg B 2 325 Abs. 5.

⁸⁵ GW I 74 Z 23 ff.

⁸⁶ 14./15. Jh. RQ II 153 Abs. 5.

⁸⁷ RQ I 120 Art. 28; 126 Art. 4; 139 Art. 28.

⁸⁸ Vgl. O. Embrach 1518 GW I 113 Abs. 3 und 114 Abs. 2.

⁸⁹ O. Rümlang 15. Jh. GW IV 332 Z 10, 1503/1432 Schauberg B 4 146 Art. 18; O. Dübendorf 15. Jh. RQ II 451 Art. 42; O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Landschaft Nr. 2977 Art. 4.

⁹⁰ Vorn N 81. O. Fluntern I und II GW IV 324 Art. 17, ZSR 4 b 141 Abs. 5; O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52.

die ihren Grund in der späteren Entwicklung hat; eine der Zürcher Herrschaft zuzuschreibende Variante dazu sind die in Dachsen geltenden Sätze von drei auf acht Schilling und bis zu einem Pfund ⁹¹. — In bezug auf die Bußsätze ist so der Einung gegenüber Zwing und Bann eigentlich nicht beschränkt.

Daß diese Bußen nicht immer ganz der Gemeinde zufallen, sondern zwischen ihr und der Herrschaft geteilt werden, gehört nicht zum Begriff des Einungs, sondern zu seiner Ausgestaltung als Institut ⁹².

4. Zwing und Bann begreift nun aber insbesondere noch die Gewalt in sich, Gebot und Verbot durchzusetzen. Hat auch die Gemeinde, wenn sie das Einungsrecht hat, diese *Zwangsgewalt*? Die Sanktion des Einungs ist eine Geldbuße; deren Erzwingung dient die Pfandnahme. Wir fragen daher nach dem Recht der Gemeinde zu pfänden.

Ein solches Recht wird zwar ausnahmsweise offenbar. So kann in Bassersdorf, Kloten und Wallisellen die Gemeinde einem, der ihre Weidordnung mißachtet, sein Vieh pfänden ⁹³. Dieses Pfändungsrecht richtet sich aber gegen die Umsässen; es gilt nicht auch im internen Rechtsleben der Gemeinde. Zuweilen wird ein besonderes Pfändungsrecht der Dorfbeamten genannt; aber es wird gerade deshalb erwähnt, weil es vom Herrn als ein spezielles übertragen ist ⁹⁴. So erscheint die Gemeinde nicht im Besitze eines eigenen Pfändungsrechts ⁹⁵. Und doch legen gerade die Bestimmungen über den Einung die Frage nahe, ob der Gemeinde ein

⁹¹ RQ II 221 Abs. 2 und 234 Art. 16.

⁹² Hinten 94 f.

⁹³ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 382 Art. 56 und 57; O. Kloten Schauberg Z 194 Art. 53; O. Wallisellen 1528 Abschrift StAZ A 97.7 Art. 18.

⁹⁴ O. Nieder- und Mettmenhasli 1436/78 GW IV 308 Abs. 6: Dorfmeier nehmen für den Lohn des Forsters und des Hirten «häl oder kessel» zu Pfand; O. Wülflingen 1484 GW I 138 Z 2: Forster pfändet um das übertragene Efadengebot; O. Oberwinterthur 1472 GW I 125 Abs. 8: Forster ist Pfändungsbeamter für den Vogt.

⁹⁵ K. Weimann Das tägliche Gericht 1913 111 erkennt Pfändung durch die Gemeindevorsteher in Belegen von 1563 und 1684, doch bemerkt er selbst, «daß das Pfändungsrecht oftmals von der gerichtlichen Obrigkeit erkauft werden mußte, also keineswegs ein ursprüngliches Recht der Ortsgemeinde gewesen sein kann». Wintterlin WürttVL 12 (1903) 140 f. reproduziert eine Urkunde von Eltringen, darin ein früherer Piren-Schultheiß (Gemeindebeamter) bezeugt, daß er Macht gehabt habe, Pfänder um Einungen zu nehmen; das war aber so ungewöhnlich, daß der Vogt der Gemeinde einen Stadtknecht zuordnete, der die Bußen einzunehmen hatte. H. Rennfahrt ZSG 17 (1937) 116; derselbe Grundzüge II 94 ff.: unmittelbare Gemeindestrafe war Aufhebung des Genossenrechts.

solches nicht grundsätzlich zugestanden habe, in der Ausübung aber auf große Widerstände gestoßen sei. Denn oft soll der Herr der Gemeinde nur auf ihre Bitte helfen, den Einung durchzusetzen, die Buße einzuziehen⁹⁶. Oder es wird die Zuständigkeit der Gemeinde zum Einziehen der Buße besonders erwähnt⁹⁷, oder die Regelung, daß der Herr erst helfen soll, wenn die Gemeinde erfolglos bleibt⁹⁸, läßt eine solche Zuständigkeit erschließen. Wenn auch hier nur vom «Einnehmen, Einziehen» der Buße die Rede ist, so werden dieselben Ausdrücke meist auch für die herrschaftliche Durchsetzung mittels Pfändung gebraucht; sie sprechen daher nicht gegen das Pfändungsrecht der Gemeinde. Die Erscheinung allein, daß der Herr in aller Regel dazu berufen ist, die Buße für die Gemeinde einzuziehen, spricht ebenfalls nicht genügend dagegen, da die Durchsetzung des Rechts einer niedrigeren Rechtsstufe mit den Mitteln einer höheren ein allgemeiner Grundsatz der mittelalterlichen Rechtsordnung ist; dabei stehen auch der niedrigeren Rechtsstufe Zwangsmittel zu; nur bei ihrem Versagen kommt die höhere zum Zug⁹⁹. Haben wir derart keine genügenden Beweise gegen ein Pfändungsrecht der Gemeinde, so haben wir doch auch keine deutlichen Beweise dafür. Ob die grundsätzliche Zuständigkeit der Gemeinde zum Einzug der Bußen ein eigentliches Pfändungsrecht umfaßte, ist ungewiß.

Wenn wir die Frage, ob der Einung die Zwangsgewalt im Sinne der Pfändung in sich begreift, offenlassen müssen, so ist der Einung doch jedenfalls in diesem Punkte am stärksten durch Zwing und Bann eingeschränkt. Sollte diese Einschränkung nicht — was wir offenlassen — eine rechtliche sein, sie ist unbedingt eine tatsächliche. Tatsächlich war die Hilfe des Zwing- und Bannherrs zur Durchsetzung des Einungs fast immer nötig; deswegen wird sie so häufig hervorgehoben. Wo es um die *Durchsetzung* des Rechts geht, ist die Dorfgemeinde am wenigsten selbstständig. Hier wird das Aufgehobensein ihres Rechtskreises im höheren, das Aufgehobensein des Einungs als des engeren Begriffs im weiteren von Zwing und Bann entscheidend.

5. Zwing und Bann bedeutet «Herrschaft» in einem bestimmten Gebiet. «Zwing und Bann» begreift daher auch topographisch dieses Gebiet in sich. Es ist das Gebiet des Hofes oder der Gemeinde. Zwing und Bann

⁹⁶ Z. B. O. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 2; O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Art. 62 Abs. 2.

⁹⁷ O. Örlikon GW I 74 Z 18; Marthalen Schauberg Z 154 Z 2.

⁹⁸ O. Albisrieden 15. Jh. RQ I 119 Z 4 f.; O. Altstetten 1429 RQ I 277 Art. 42.

⁹⁹ Hinten 92 f. Vgl. H. Rennefahrt SBAG 10 (1952) 66 f.

ist eine *Gebietsherrschaft*, nicht eine durch persönlichen Geltungsbereich bestimmte. Gerichtspflichtig unter Zwing und Bann ist daher, wer sieben Schuh weit und breit Land des betreffenden Niedergerichtsherrn hat. Ganz so gilt auch der Einung für das Gebiet der Gemeinde. Wird auf die Wälder ein Einung gelegt, so unterstehen ihm die in der Gemeindemark gelegenen Wälder, er würde denn näher umschrieben, wie es meistens geschehen sein wird. Ein Bann über die Wiesen erstreckt sich auf alle Wiesen in der Gemeinde, gleichgültig, ob deren Eigentümer in der Gemeinde seßhaft sind oder nicht ¹⁰⁰. Der Einung ist ein Bann über Güter und erfaßt daher die Güter in der Gemeindemark ¹⁰¹. Es gilt das Territorialprinzip.

Dies gilt auch, wenn im interkommunalen Verhältnis zwei Gemeinden gegeneinander Weidrecht haben. Jede Gemeinde bannt ihre eigene Allmende, nur muß sie diese Bannung der andern Gemeinde wegen ihres Weidrechts kundmachen ¹⁰². Ebenso wird es auf den Einung Bezug haben, wenn wegen der Weidgenossenschaft zweier Gemeinden jede der andern anzeigen muß, wann sie weiden will ¹⁰³. Das gerade zeigt, daß der Einung als wirtschaftliche Ordnung immer — auch bei Weid- und Allmendgenossenschaft mehrerer Gemeinden — ein Bann der einzelnen Gemeinde ist, nur für ihr Gebiet geltend.

Doch es gibt Ausnahmen vom Grundsatz der Gebietsherrschaft des Einungs. Zunächst ist dabei an das herrschaftliche Land zu denken. Der Herr wird sein Land selber bannen ¹⁰⁴. Es untersteht dem Einung, welchen die Dorfgenossenschaft setzt, nicht. Diese setzt den Einung über *ihr* Holz und Feld. Gleichwohl bringt es die Wirtschaftsordnung des Dorfes mit sich, daß Einungsbeschlüsse der Gemeinde sich auch auf das herrschaftliche Land — wenigstens mittelbar — erstrecken. Wenn die Gemeinde zum Beispiel über den Beginn des Heuens beschlossen hat und damit den Bann über den Wiesen hebt, so muß sie dem grundherrschaft-

¹⁰⁰ O. Nieder- und Mettmenhasli 1436/78 GW IV 308/9 Abs. 10.

¹⁰¹ Vgl. Bachs 1595 RQ I 350 Z 5 ff.: die in der Gemeinde gelegenen Äcker unterstehen der Zelgenordnung; O. Fehraltorf 1474 StAZ A 97.3 Abs. 12: «wer der ist, der buwet gen altdorff, der soll die zwing vnd benn halten, als sy gemacht werdents».

¹⁰² Benken 1474 RQ I 443 Z 22 ff., 1477 446 Z 1 ff.: die Gemeinde Benken argumentiert mit der Gebietsherrschaft; 447 Z 1 ff. und 22 ff.: dem steht das Gewohnheitsrecht derer von Uhwiesen und Dachsen gegenüber; 448 Z 14 f.: jede Gemeinde bannt ihre Brache. — O. Dietikon RQ II 361 Art. 17.

¹⁰³ O. Dietikon RQ II 361 Art. 16; Dätwil 1605 RQ II 316 Z 22 ff.

¹⁰⁴ Vorn 62 f.

lichen Beamten davon Anzeige machen, damit er das Recht der Vormahd ausüben und damit Weg zu den Grundstücken der Gemeinde geben kann¹⁰⁵. Mittelbar beendet somit der Bewirtschaftungsbeschluß der Gemeinde auch den Bann auf den Gütern der Herrschaft. Der Geltungsbereich des Einungs wird damit aber nicht als solcher auch auf das herrschaftliche Land ausgedehnt; ein ganz anderes Institut, das Vormahdrecht, hat rein beiläufig diese Wirkung. Wenn aber in einem Abkommen zwischen Gerichtsherrn und Gemeinde zu Flaach der Gerichtsherr sich dem Einung unterstellt und von der Gemeinde gebüßt werden kann, so ist das ein Entgegenkommen und ein Einzelfall¹⁰⁶.

Einer weiteren Ausnahme vom Grundsatz der Gebietsherrschaft des Einungs begegnen wir in der deutschen Offnung Fluntern. Sie bestimmt für den Holzeinung: «ist aber das in min Herr nicht ze pfenden hat, er sig Burger oder Usschidling, dem sol man sin Holz uß dem Einung lassen und uß dem Banne»¹⁰⁷. Mit «Burgern und Usschidlingen» sind jene, «so in das Gericht nit gehört»¹⁰⁸, das heißt jene gemeint, welche in der Gemeinde nicht seßhaft sind, wohl aber in ihrem Gebiet Land haben. Diese in der Gemeinde nicht Wohnhaften kann der Herr nicht pfänden; weil der Einung ihnen gegenüber nicht durchgesetzt werden kann, sollen ihre Güter ihm nicht unterstellt werden. Diese Ausnahme vom territorialen Geltungsbereich des Einungs werden wir von der rechtlichen Natur des Einungs her verstehen.

Im Verhältnis zu Zwing und Bann ist der Einung ein engerer, in jenem enthaltener und in mancher Hinsicht beschränkter Begriff. Haben wir bis jetzt den Einung von Zwing und Bann her als das wirtschaftliche Gebot und Verbot überhaupt verstanden, so wird die spätere materielle Betrachtung des Instituts auch hier noch eine Präzisierung zeitigen¹⁰⁹.

IV. Die rechtliche Natur des Einungs

Treten wir mit modernrechtlichen Begriffen an den Einung heran und fragen wir nach seiner Rechtsnatur, so werden wir in ihm entweder Rechtsetzung oder ein Rechtsgeschäft zu sehen haben.

¹⁰⁵ O. Adlikon RQ I 10 Art. 24; O. Wenigen GW IV 313 Abs. 4; O. Örlikon GW I 74 Z 27 ff. und StAZ A 97.5 Art. 10 und 11.

¹⁰⁶ P. Kläui Die Gerichtsherrschaft Flaach-Volken 1932 160 f.

¹⁰⁷ ZSR 4 b 143 Abs. 5.

¹⁰⁸ a. a. O. 139 Z 15 f.

¹⁰⁹ Hinten 96 ff.

Die Gemeinde stellt Rechtsregeln auf; sie setzt Normen, die in ihrem Rechtskreis allgemein verbindlich sind. Die Gemeinde setzt ihr Recht. So erscheint der Einung als Rechtsetzung, als Gesetzgebung im weitesten Sinne ¹¹⁰. Auf den ersten Blick scheint es, daß diese Auffassung nach dem Wortlaut der Quellen bereits im Mittelalter geherrscht habe, sprechen sie doch vom «Setzen» und «Ufsetzen» des Einungs. Dieses Setzen bedeutet aber nur das Festsetzen einer Buße für ein verbotenes Verhalten; doch wird sich gerade aus solchen ursprünglicheren Bedeutungen der Gedanke der Rechtsetzung entwickelt haben.

Ist es aber denkbar, daß die Landgemeinde Recht setze, obgleich sie die Entwicklung von der Personengesamtheit zur organisierten Körperschaft (anders als die mittelalterliche Stadtgemeinde) noch nicht durchgemacht hat? Die Landgemeinde ist wohl während des ganzen Mittelalters eine alte Genossenschaft im Sinne einer Gesamtvielheit geblieben ¹¹¹. Doch als «Gesamtheit» war die Gemeinde ein Verband, der in der Gemeindeversammlung wenigstens so weit organisiert war, daß er allgemeinverbindliche Beschlüsse fassen und auf diesem Wege Recht setzen konnte. Das so gesetzte Recht erscheint allerdings nicht als Recht der «Gemeinde», die ja nicht als juristische Person gedacht ist, sondern als Recht einer Gesamtvielheit, nämlich der zum Setzen zuständigen Mehrheit (siehe hinten 81).

Man könnte aber auch versucht sein, den Einung statt als einen Akt der Rechtsetzung als Vertrag anzusehen. Dazu geben wiederum die Quellen Anlaß, welche manchmal von einem «Übereinkommen um Einung» reden ¹¹². Nach dieser Auffassung wäre der Einung eine Übereinkunft der Genossen über einen Bann, wobei auf die Nichteinhaltung eine Konventionalstrafe gesetzt wäre. Diese Ausdrucksweise der Quellen ist aus dem mittelalterlichen Rechtsdenken heraus zu verstehen, das möglichst

¹¹⁰ O. v. Gierke Genossenschaftsrecht I 610: die Landgemeinde hatte ein «wahres Gesetzgebungsrecht» (es wird nicht deutlich, ob v. Gierke damit das Weisen des Rechts meint oder vielleicht das Bannrecht.) K. Weimann Das tägliche Gericht 1913 110 sieht im Aufstellen von Kören (= Einungen) die «gesetzgebende Gewalt». G. Bütikofer Die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden 1950 18 ff. greift auf den Einung zurück, um sein Thema — die Rechtssetzungsbefugnis — historisch zu begründen.

¹¹¹ O. v. Gierke a. a. O. I 589; Fr. v. Wyß Abhandlungen 58 ff.; vgl. für die Frage, ob der Einung diese Entwicklung beeinflußt habe, hinten 115.

¹¹² Vorn 53 N 11 und 12. Regensberger Herrschaftsrecht 1538 Pestalutz I 194 Art. 48; O. Neftenbach GW I 78 Z 7: «als denn ye der merteil über ein kontpt»; O. Fehraltorf 1474 StAZ A 97.3 Abs. 11: «als sy dann mit einem meren vberkomend»; O. Nöschikon ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen»: «was ouch der meyer mit sinen nachgeburen dem merteil übereinkunt».

die privaten Rechtsformen heranzieht. Keinesfalls darf sie zu dem Schlusse verleiten, der Einung sei tatsächlich als Rechtsgeschäft aufzufassen, wenn dies auch in der älteren Jurisprudenz gefolgert worden war ¹¹³. Rechtsetzung und Rechtsgeschäft waren nicht deutlich geschieden. Daher herrschte der Gedanke, der Einung sei eine rechtsgeschäftliche Übereinkunft, weitherum auch in den Köpfen der Bauern. Er ist mit ein Grund für die ständige Betonung des Mehrheitsprinzips. Das rechtsgeschäftliche Rechtsdenken, das hier selbst dann fehl am Platze war, wenn noch das Einheitsprinzip galt ¹¹⁴, mochte doch den einzelnen Genossen zu der Meinung verleiten, daß er, wenn er dem Einung nicht zustimme, nicht verpflichtet werde ¹¹⁵. Doch sowohl unter der Geltung des Einheitsprinzips wie unter der Geltung des Mehrheitsprinzips ist der Einungsbeschluß ein Akt der Rechtsetzung. (Über das Mehrheitsprinzip siehe hinten 80 ff.)

Die Quellen sagen auch ausdrücklich, was diese Rechtsetzung bedeutet, was sie zum Inhalt hat. Was die Gemeinde im Einung gebietet und verbietet, gebietet und verbietet sie sich selbst. Die Bußen, welche die Genossen auf die Nichteinhaltung des Einungs setzen, auferlegen sie sich selbst. Die demokratische Rechtsetzung ist Selbstverpflichtung; auch darin, daß jeder sich selbst verpflichtet und zugleich gegen alle andern das Recht erwirbt, von ihnen die Einhaltung ihrer Pflichten zu erwarten, klingt noch Vertragsmäßiges an. Diese Selbstverpflichtung als Wesen der demokratischen Rechtsetzung wird in den Quellen offenbar. So in der deutschen Offnung Fluntern: «wäre das die Husgenossen deheinen Einung *über sich selber satztin* unbetwungenlich» ¹¹⁶; in der Offnung Dietikon: «Wz si da büßen *uff sich selben setzend* umb dis alles» ¹¹⁷. Nicht daß es ihr Holz und Feld ist, welches sie bannen, ist hier wichtig, sondern daß sie sich Sanktionen für ihr eigenes Zuwiderhandeln auferlegen. Wo der Einung allerdings schon in den Bereich der Heteronomie gehört, tritt an die Stelle der Selbstverpflichtung die Verpflichtung gegenüber einem Herrn oder einer Obrigkeit. So muß nach dem Fischer-einung Pfäffikon-Seegräben 1625, den der Obervogt aufsetzt, jeder Fi-

¹¹³ Vgl. die Hinweise bei *O. v. Gierke* Deutsches Privatrecht I 113 N 2, 143, 146 N 18. Dagegen auch *A. Heusler*, Institutionen I 279 N 23.

¹¹⁴ *O. Rümlang* 15. Jh. GW IV 332 Z 8 ff.

¹¹⁵ Vgl. Holzordnung Dällikon 1567 RQ II 257 Art. 20: die an den Gemeindeversammlungen nicht anwesenden und also nicht zustimmenden Genossen erachten sich durch die Beschlüsse der Versammlung nicht gebunden.

¹¹⁶ ZSR 4 b 141 Abs. 4.

¹¹⁷ RQ II 363 Art. 33.

scher ihm «an syn hand verloben, by gûten thrûwen zûhalten» ¹¹⁸. Selbstverpflichtung ist das Wesen der autonomen demokratischen Rechtsetzung.

Die im Einung übernommene Pflicht geht zunächst auf ein Schulden. Jeder Genosse schuldet Einhaltung des Bannes; und er schuldet im Falle des Bannbruches die Buße. Für diese Buße muß er aber auch haften. Will einer die Buße nicht geben, so werden ihm in der Höhe des Bußbetrages Sachen gepfändet. Für die Buße haftet so das Vermögen des Genossen in Haus und Hof. Die im Einung liegende Selbstverpflichtung geht auch auf dieses Haften.

Von daher können wir begreifen, warum der Einung lateinisch «vadium» heißt ¹¹⁹. Vadium ist das Pfand ¹²⁰, legitimum vadium ist das Haus und sein Inhalt ¹²¹. Wenn für die Einhaltung des Einungs, für die Buße Haus und Hof des Genossen als Pfand haften, so kann leicht auch der Einung selbst so bezeichnet werden, vor allem dann, wenn für den Begriff kein entsprechender lateinischer Ausdruck bereitsteht. Vadium ist nicht pignus, das wissen die Schreiber sehr wohl; darum nennen sie immer auch die deutsche Bezeichnung: vadium dictum einung. Vadium ist aber auch nicht bloß die Buße ¹²². Die Offnung Höngg unterscheidet ja genau zwischen vadium = einung und pena = buße ¹²³. Vadium ist eine ungefähre Übersetzung für Einung, weil dieser sowohl eine Buße zum Inhalt als ein Pfand zur Grundlage hat.

Aber der Einung ist nicht wadiatio, er ist nicht ein Verhaftungsgeschäft, wie er überhaupt nicht ein Rechtsgeschäft ist. Daß jeder Genosse sein Haus der Gemeinde besonders verhafte, erscheint kaum nötig. Ob es allerdings *der Gemeinde* als Pfand ohne weiteres hafte ist ebenso fraglich, wie ihre Zwangsgewalt im Sinne der Pfändungsmacht überhaupt ¹²⁴. Jedenfalls aber haftet der Genosse *dem Zwing- und Bannherrs* mit dem Haus. Diesem ist es daher immer möglich, den Einung durchzusetzen. Wir sehen also im Einung nicht ein Vermögensverhaftungsgeschäft, wenn auch die lateinische Offnung Fluntern dieses nahelegt; sie spricht «de vadiis que dicuntur gewette und einunge» ¹²⁵. Gewette wird hier nicht

¹¹⁸ StAZ B VII 21.94 p. 65 Art. 1.

¹¹⁹ Vorn 53.

¹²⁰ *Du Cange* Glossarium mediae et infimae latinitatis Bd. 8 1887 Art. vadium.

¹²¹ *H. Rennefahrt* Grundzüge III 287 f.

¹²² *Joh. Rud. Denzler* Fluntern, die Gemeinde am Zürichberg 1858 36 übersetzt vadium als Buße.

¹²³ Stutz RQ 13 Z 19 ff.

¹²⁴ Vorn 68 f.

¹²⁵ GW IV 324 Z 4 f.

mehr die Bedeutung der volksrechtlichen wadiatio haben. Es weist höchstens hin auf die für die Einungsbuße bestehende Haftung des Vermögens.

Dem Zwing- und Bannherrschaft haftet der Genosse mit seinem Vermögen, mit Haus und Hof. Das ist die Grundlage, welche die Ausübung des Zwangs erst möglich macht¹²⁶. Der Zwing- und Bannherr kann nur gegen jene seine Zwangsgewalt üben, welche «inrent (etters) gesessen sint»¹²⁷, weil nur sie ihr Vermögen, Haus und Hof, in seinem Rechts- und Machtbereich haben. Aus diesem Grunde sollen nach der Öffnung Fluntern die Güter der nicht in der Gemeindemark Ansässigen nicht dem Einung unterstellt werden¹²⁸. Ausschlaggebend ist die Möglichkeit der Durchsetzung des Einungs: Von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Durchsetzung her wird der Geltungsbereich bestimmt. Wenn jedoch solch ein Auswärtiger «wider in den Einung und in den Banne wölte komen, das sol er an den Husgenossen gewinnen als er mag»¹²⁹. Mit solchem «Gewinnen» ist dann offenbar ein eigentliches Gewette, eine eigentliche vertragliche Vermögensverhaftung oder Pfandbestellung durch den in der Gemeinde nicht Wohnhaften gemeint.

Seiner Natur nach ist der Einung das Institut der Setzung generell-konkreter Normen im Rechtskreis der Gemeinde. Diese autonome demokratische Rechtsetzung ist wesentlich Selbstverpflichtung, die ihrerseits ein Schulden sowohl als ein Haften zum Inhalt hat. Dieses Wesen des Einungs wie manches andere nähert ihn einem Rechtsgeschäft an; er ist aber nicht ein Rechtsgeschäft, obschon das sich in privaten Rechtsformen bewegende Rechtsdenken ihn in Gestaltung und Auffassung einem solchen annähert.

V. Die strafrechtliche Natur des Einungs

Der Einung charakterisiert sich endlich, insofern er für ein verbotenes Verhalten eine Buße festsetzt, als Strafrecht. Die generell-konkrete Norm, welche die Gemeinde setzt, sieht als Unrechtsfolge eine Buße vor.

¹²⁶ Damit wird zwischen den Rechten des Dorfes und der Stadt eine verbindende Entsprechung sichtbar. *H. Rennfahrt* Grundzüge III 287: in den einem Stadtherrn gehörenden Städten ist das Haus Pfand des Stadtherrn; er übt seine Zwangsgewalt gegen den unbotmäßigen Bürger über dieses Pfand aus; *ders.* SBAG 10 (1952) 42: der Zwang richtete sich gegen Leib und Gut.

¹²⁷ O. Wipkingen ZSR 4 b 197 Abs. 4 für Zinsschulden.

¹²⁸ Vorn 71 N 107.

¹²⁹ ZSR 4 b 143 Z 13 f. v. u.

Für ein mißbilligtes Verhalten — den Bannbruch — soll dem Täter ein Übel zugefügt werden. Die Buße ist Übelzufügung und damit Strafe.

Doch im Gegensatz zu jenen Straftatbeständen, welche die Öffnung aufzählt und welche in abstrakter Weise ein menschliches Verhalten unabhängig von Ort und Zeit unter Strafe stellen, ist der Einung eine generell-konkrete Norm ¹³⁰. Generell-abstrakte Strafbestimmungen kann die Gemeinde hingegen grundsätzlich nicht selbständig aufstellen; diese entstehen entweder durch gewohnheitsmäßige Rechtsfindung im Gericht oder — wohl nur selten — durch Setzung vonseiten der für die Öffnung zuständigen Instanzen, das heißt im Zusammenwirken von Herrschaft und Gemeinde; auch in dem Fall, in welchem ein Vergehen in der Öffnung nicht erwähnt ist und die Genossen im Gericht über die Höhe der Buße absprechen ¹³¹, werden sie nicht als selbständige Gemeinde, sondern als Urteiler im herrschaftlichen Gericht tätig.

Auch inhaltlich ist der Einung als Strafnorm von den Straftatbeständen der Öffnungen zu unterscheiden. Diese Straftatbestände schützen Rechtsgüter des einzelnen — Leib und Leben, Vermögen, Freiheit, Ehre — hinter denen allerdings das Gesamtinteresse steht. Das vom Einung geschützte Rechtsgut ist dagegen ein Interesse der Dorfgemeinschaft, nicht eines einzelnen. Einmal bezweckt der Einung die Durchführung der Zelgenwirtschaft; die Bewirtschaftung der Dorfflur wird durch den Einungsbruch gehindert oder gestört; der Genosse, der von sich aus zu heuen beginnt, bevor der Bann aufgehoben ist, wird meist über fremde Wiesen schreiten und fahren müssen und wird damit den Zweck des Bannes und seiner Aufhebung — allen Genossen Weg zu ihren Gütern zu schaffen — vereiteln. Des weiteren bezweckt der Einung die vernünftige und richtige Bewirtschaftung der Dorfflur, die Erzielung möglichst hoher und gleichbleibender Erträge. Das Vermögen, das die Gemeinde in ihren Wald- und Obstbaumbeständen, in ihren Frucht tragenden Feldern und in ihren hoch stehenden Wiesen hat, soll gut verwaltet werden. Wer zur Unzeit holzt, wer die falschen Stämme schlägt, der schadet dem forstwirtschaftlichen und damit einem Vermögensinteresse der Gemeinde. Während der Einung in dieser Weise nur das Interesse der Dorfgenossenschaft strafrechtlich schützt, werden die verwandten Interessen des einzelnen Genossen durch einzelne Strafbestimmungen der Öffnungen geschützt; so wird auf das Übereeren (Über-

¹³⁰ Vorn 66 ff.

¹³¹ O. Bonstetten RQ II 103 f. Art. 19 (in der 2. Rezension 115 Art. 18 gilt statt dessen Stadtrecht); O. Altstetten RQ I 275 Art. 28.

ackern) oder das Aufbrechen der Efaden eine Buße gesetzt ¹³²; das sind natürlich wiederum generell-abstrakte Normen.

Unter zürcherischer Herrschaft trat vereinzelt neben den Einung noch eine generell-abstrakte obrigkeitliche Frevelbuße, welche dasselbe Rechtsgut der Dorfgenossenschaft schützte; neben dem Holzeinung der Gemeinde stand dann die zürcherische Frevelbuße ¹³³.

Demnach halten wir fest, daß der Einung zwar Strafen aufstellt, sich aber von den Strafbestimmungen der Offnungen sowohl durch die Art der Norm wie durch das geschützte Rechtsgut unterscheidet.

¹³² Z. B. O. Sünikon 1496 Schauberg B 2 327 Abs. 3 und 4, 325 Abs. 5 und Abs. 3.

¹³³ Albisrieden 1561 RQ I 126 Art. 4 und 139 Art. 28. Allein dieses Nebeneinander von Einung und Frevelbuße scheint nicht allgemeiner Übung entsprochen zu haben. Wo die Stadt schon am einfachen Holzeinung teilhatte, ließ sie es dabei bewenden. Hingegen ist wohl auch nach der O. Rüm-
lang 1503 Schauberg B 4 146 Art. 18 ein solches Nebeneinander anzunehmen. Den Einung teilen darnach Forster und Stadt; aber auch die «nachtschaden, wie die ein ganntze gmeind setzt», gehören Zürich; denjenigen, der diese «Nachtschaden» bricht, den kann Zürich überdies «straffen je nach dem si dunckt».

3. Kapitel

Die Ausgestaltung des Einungs

I. Die formelle Ausgestaltung des Einungs

1. Die Zuständigkeit zum Setzen des Einungs

Zuständig zum Einung ist — da wir in ihm den Ausdruck kommunaler Selbständigkeit sehen — begriffsnotwendig die Gemeinde. Das gilt als Regel. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nicht auch Ausnahmen vorkommen; vor allem aber ist nichts über die interne Zuständigkeit gesagt.

Ein wie immer auch geartetes herrschaftliches Mitwirkungsrecht oder eine herrschaftliche Überprüfung kann die Zuständigkeit der Gemeinde beschneiden. Die am meisten einschränkende Mitwirkung der Herrschaft ist dann gegeben, wenn den Genossen verwehrt ist, ohne Beisein und Zustimmung des Herrn oder seines Beamten Einungen zu setzen. Solche Mitwirkung kennt die Offnung Wiesendangen von 1473. Während nach der früheren Offnung der herrschaftliche Meier zwar zum allgemeinen Flurbann zuständig war, konnte doch die Gemeinde einen höheren und länger währenden Bann setzen¹. Die Offnung 1473 hingegen behält den Holz- und Flurbann im ganzen dem Meier vor, ja, auf Bannen ohne Wissen und Willen des Meiers steht eine Buße². Diese Regelung bestätigt ein Urteilsspruch von 1490, wonach die Gemeinde selbst in ihrem eigenen Holz («Gemeinwerck») nur «mit gunst und wüssen» des Meiers bannen darf³. Wenn an anderen Orten ebenfalls der Meier und die Gemeinde zusammenwirken⁴, so ist doch nicht dieselbe Einschränkung gemeint;

¹ GW IV 277 Art. 3.

² StAZ Urk. Hegi Nr. 6.

³ StAZ Urk. Hegi Nr. 14.

⁴ O. Örlikon GW I 74 Z 16 f.; O. Männedorf 1534 in: C. Bindschedler Geschichte der Gemeinde Männedorf 1938 16 Art. 23; O. Nöschikon ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8.

weil an diesen Orten die Mehrheit der Genossen entscheidet, kommt dem Meier wohl nur die leitende Funktion zu, welche sonst die Gemeindebeamten innehaben. Der Genossenschaft der Hörigen zu Hedingen aber wird (wie auch dem Vogt) ausdrücklich verboten, Einungen ohne den herrschaftlichen Amtmann zu setzen ⁵. Und wenn in einem Spruch um die niedere Gerichtsbarkeit zu Benken Bürgermeister und Rat anordnen, daß der Vogt an der Gemeindeversammlung anwesend sein und von der Gemeinde nicht weggewiesen werden darf, so wird auch damit das Einungsrecht der Gemeinde als ein Recht zu selbständigem Beschließen eingeengt ⁶. Das zeigt auch die Offnung Ellikon am Rhein, welche Gemeindeversammlungen ohne Zustimmung des Vogtherrn verbietet, selbst wenn sie «steg und weg, wunn und wayd» betreffen ⁷. Doch auch wo die Herrschaft ein Mitwirkungsrecht beansprucht, wird man darin nicht ein rigoroses Eingreifen sehen dürfen. Der Gegenstand des Einungs läßt dies nicht vermuten; es geht ja um Sachen, deren Entscheidung schon durch die Wirtschaft des Dorfes weitgehend vorbestimmt ist. So schreibt denn zwar die Offnung Rüschlikon/Rüfers auch die Mitwirkung des Ammanns vor; aber «möcht der amptman nüt dabi sin», so kann die Gebursami selbst mit Mehrheit entscheiden ⁸. Diese Offnung kennt nach diesen beiden Stufen der Zuständigkeit noch eine dritte für den Fall, daß die Gemeinde in der Handhabung des Einungsrechts nachlässig ist. In diesem Fall soll «min her das besorgen, das die benne vnd einung gemacht werd». In solcher subsidiärer Zuständigkeit des Herrn — wie sie auch die Offnungen Meilen und Rheinau kennen ⁹ — darf nicht eine Einschränkung der Selbständigkeit der Gemeinde gesehen werden. Sie verschuldet es durch ihre Nachlässigkeit selbst, wenn der Herr in ihre Wirtschaft regelnd eingreift. Der Herr ist verantwortlich für Recht und Sicherheit in der Gemeinde; und das allein könnte ihn veranlassen, sich eine subsidiäre Zuständigkeit in Einungssachen vorzubehalten. Vielleicht aber läßt dieser Vorbehalt auch weiter schließen, daß er nur Rudiment einer früheren alleinigen Zuständigkeit des Herrn sei, daß das Einungsrecht als ein in Zwing und Bann begriffener Teilbann der Gemeinde vom Herrn übertragen worden sei ¹⁰. Darauf weist noch deutlicher die früher betrachtete Einschränkung mittels eines Berufungsrechts der Minderheit

⁵ GW IV 293 Art. 10.

⁶ 1539 RQ 453 Z 32 ff.

⁷ 1596/1620 StAZ A 97.3 Art. 1 letzter Satz.

⁸ Ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15.

⁹ Ca. 1400 StAZ A 97.4 Art. 20; 1464 Schauberg Z 152 Art. 24.

¹⁰ Hinten 107 ff.

an den Herrn in zwei Offnungen der Fraumünsterabtei ¹¹. Die herrschaftliche Einschränkung der Zuständigkeit der Gemeinde geht hier so weit, daß diese überhaupt aufgehoben wird. Wohl ist grundsätzlich die Mehrheit der Gemeindeversammlung zuständig; aber die Minderheit kann durch ihre Berufung den Beschluß dem Herrn anheimstellen.

Wo immer hingegen solche Einschränkungen nicht ausdrücklich genannt werden, ist die Gemeinde selbst zuständig; der besondere Ausschuß der herrschaftlichen Gewalt dient höchstens der Vergewisserung dieses Rechts, weist uns aber doch darauf hin, daß mindestens vom herrschaftlichen Standpunkt aus dieses Recht nicht selbstverständlich war, daß wohl auch etwa Übergriffe der Herrschaft vorgekommen sein mögen ¹².

Wo demnach die Gemeinde das Einungsrecht hatte, war innerhalb des Genossenverbandes zumeist die Gemeindeversammlung berufen, den Einung zu setzen. Wir würden heute sagen, die Gemeindeversammlung war zuständig; sie entschied nach dem Grundsatz der einfachen Mehrheit. Es scheint aber, daß man das, wenn man die Quellen genau nimmt, nicht so einfach sagen kann. Wie es sich verhält, muß vielmehr eine Erörterung des Mehrheitsprinzips zeigen.

Die regelmäßige Betonung, es solle das gelten, was die Mehrheit der Genossen beschließt, fällt auf. Für sie ist — wir sahen es schon — zu einem Teil wohl auch das Denken in privaten, rechtsgeschäftlichen Formen verantwortlich. In erster Linie gilt es aber daran zu denken, daß die Gemeindeversammlung nicht Organ einer juristischen Person war, daß also der Mehrheitsbeschluß nicht notwendig alle Genossen band. Was die Mehrheit beschließt, ist nur ein Recht der Mehrheit. Deshalb wird der Satz aufgestellt, «daß die Minderheit ihren Widerspruch aufgeben und der Mehrheit zustimmen soll, damit ein einhelliger Gemeinwille zu Stande komme» ¹³. So haben wir neben Offnungen, nach denen in der Befugnis der Gemeinde einfach steht, «ze mindern und ze meren» ¹⁴ oder Bannbeschlüsse zu fassen «mit der meren hand der gebursami» ¹⁵, eine überwiegende Zahl von Offnungen, nach denen der «minder teil»

¹¹ Vorn 42 f. *J. Winkler* Beiträge zur Rechtsgeschichte von Seebach 1925 82 f.: das Berufungsrecht sei ein Überrest der früheren alleinigen Zuständigkeit des Grundherrn zu landwirtschaftlichen Anordnungen.

¹² Vgl. Zitate vorn 33 N 7.

¹³ O. v. *Gierke* Über die Geschichte des Majoritätsprinzips in: *Essays in legal history* 1913 319.

¹⁴ O. Altstetten 1429 RQ I 276 Art. 41; Marthalen Schauberg Z 154 Z 2.

¹⁵ O. Adlikon RQ I 11 Art. 26; O. Dietikon RQ II 362 Art. 30 und 31; ähnlich O. Fehraltorf 1474 StAZ A 97.3 Abs. 11: «als sy dann mit einem meren vberkomend».

dem «merteil folgen» soll¹⁶, neben Offnungen also, welche schon das Mehrheitsprinzip aufstellen, andere, welche eine Folgepflicht statuieren. «Wz der merteil darin tüt» (Offnung Bassersdorf), das ist Recht, aber es ist das Recht eines Teiles der Genossen, eben der Mehrheit. Zunächst ist es einfach das, «als sich der Merteil under den Husgenossen erkennt»¹⁷. Daß die Minderheit «folgen», daß sie das «stät han»¹⁸ soll, daß es bei dem, was die Mehrheit setzt, «bleiben»¹⁹ soll, das anzuordnen ist nur deshalb nötig, weil das Recht der Mehrheit sonst ein Partikularrecht, ein Gruppenrecht innerhalb des Dorfes bliebe. Um dies zu vermeiden, wurde in langer Übung der Satz, daß die Minderheit der Mehrheit folgen solle, zu allgemeiner Anerkennung gebracht. Wenn vielleicht in der alten Markgenossenschaft Beschlüsse nach dem Prinzip der Einhelligkeit gefaßt worden waren, so wurde dieses, weil es in den meisten Fällen die Beschlußfassung überhaupt verunmöglichte, allmählich durch den neuen Satz des Gewohnheitsrechts verdrängt. Es wurde immer allgemeiner anerkannt, daß ein gültiger Beschluß der Mehrheit die Minderheit verpflichtete, dem Beschluß nicht nur keinen Widerstand zu leisten, sich vielmehr selbst zu ihm zu bekennen. Das war die Folgepflicht²⁰. Der Wortlaut mehrerer Offnungen legt es aber nahe, anzunehmen, diese sei bereits durch das Mehrheitsprinzip abgelöst gewesen. Es fragt sich daher, ob tatsächlich in der Gemeinde schon der Gedanke geherrscht habe, der Mehrheitsbeschluß sei Ausdruck des Gesamtwillens und daher für die Minderheit verbindlich, oder ob man sich nur vorstellte, die Minderheit sei verpflichtet, sich zur Meinung der Mehrheit zu bekehren. Diese Frage ist nach den Quellen allerdings nicht zu entscheiden. Doch erscheint es als wahrscheinlich, daß die lange gewohnheitsrechtliche Geltung der Folgepflicht immer mehr die Überzeugung wecken mußte, der Beschluß

¹⁶ O. Bärethswil 1475 RQ I 362 Art. 42; O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Art. 62; O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 153 letzter Abs.; O. Männedorf 1534 C. Bindschedler a. a. O. 16 Art. 23; O. Neftenbach GW I 78 Z 7 ff.; O. Nieder- und Mettmehasli 1436/78 GW IV 308 Abs. 5; O. Wallisellen 1528 StAZ A 97.7 Abschrift Art. 19; O. Werdegg 1473 StAZ A 97.7 Art. 23; O. Wülflingen 1484 GW I 137 Abs. 2. — Vgl. O. v. Gierke Majoritätsprinzip 318 ff.

¹⁷ O. Wipkingen ZSR 4 b 196 Abs. 1; ähnlich O. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 3.

¹⁸ O. Nöschikon ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8.

¹⁹ O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Landschaft Nr. 2977 Art. 7; O. Rüslikon/Rüfers ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15; O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52.

²⁰ In diesem Sinne bezeichnet «Einung» allerdings «das durch Einheit (unanimiter) Festgesetzte», wie A. Heusler Institutionen I 279 N 23 — jedoch im Sinne des Körperschaftsbeschlusses — meint.

der Mehrheit bestehe zu Recht, unbekümmert um das Verhalten der Minderheit; die Mehrheit bringe den Willen der Gemeindeversammlung zum Ausdruck. In dieser Weise konnte sich auch auf dem Lande aus der Folgepflicht das Mehrheitsprinzip entwickeln, befand sich doch die Dorfgenossenschaft in diesen Jahrhunderten überhaupt auf dem Weg zur Körperschaftlichkeit.

Des weiteren ist fraglich, wie alt Folgepflicht und Mehrheitsprinzip im Dorf seien. Während sie nämlich in den jüngeren Offnungen regelmäßig erwähnt werden, schweigen gerade die ältesten darüber²¹. Müssen wir daher annehmen, zur Zeit der Abfassung dieser älteren Offnungen sei noch Einstimmigkeit nötig gewesen?²² Doch obwohl die Folgepflicht hier für den Einung nicht genannt wird, gilt sie in anderen Teilen der Gemeindeverfassung, gilt vor allem für die Wahl des Forsters²³. Hervorgehoben wird sie aber auch hier nur, weil der Propst sich für den Fall, daß bei der Wahl Streit entstände und die in etwa gleiche Hälften gespaltene Dorfgenossenschaft zwei Forster erwählte, das Recht vorbehalte, selbst einen Forster zu ernennen. Müßte dies nicht vorgekehrt werden, und würde also nicht eine Zuständigkeit des Propstes begründet, so würde nicht erwähnt, daß die Mehrheit den Ausschlag gibt. Für die Zeit der ältesten Offnungen erscheint die Geltung der Folgepflicht daher als gesichert.

Wie wir sehen, bedarf es besonderer Gründe, damit Folgepflicht oder Mehrheitsprinzip in der Offnung erscheinen. So hat zum Beispiel das Kloster Wettingen als Grundherr von Adlikon «umb fridens willen und umb des besten willen gesetzet und geordnet, daß die von Adlicken die zelgen, so man schnyden will, verpannen und die nit uffthûn soll, dann mit der meren hand»²⁴. Wohl nur deshalb, weil das gewohnheitsrechtlich geltende Mehrheitsprinzip oder die Folgepflicht nicht mehr beachtet

²¹ So insbesondere die drei lat. Offnungen von Albisrieden, Fluntern und Höngg. Doch auch in den späteren Rezensionen dieser Offnungen findet das Mehrheitsprinzip keinen Ausdruck, ebensowenig in der alten und der neueren Offnung von Schwamendingen.

²² O. von Gierke a. a. O. 316 ff.: in Markgenossenschaften und Bauerschaften wurden die Beschlüsse stets einmütig gefaßt, bis im 13. Jh. das Mehrheitsprinzip sich durchzusetzen begann. H. Rennefahrt Grundzüge II 93 für den städtischen Einung.

²³ O. Albisrieden vor 1346 RQ I 112 Art. 19; O. Fluntern ZSR 4 b 138 Abs. 2; O. Höngg 1338 Stutz RQ 16 Z 15 ff.; O. Schwamendingen Hotz Sp. 13 § 27, Sp. 43 § 18; O. Birmensdorf 14. Jh. RQ II 24 Art. 40: kommt keine Mehrheit zustande, soll der Meier Forster sein.

²⁴ RQ I 11 Art. 26.

wurde, weil einzelne sich über die Einigungsbeschlüsse der Gemeinde hinwegsetzten, kam die Herrschaft dazu, dessen Geltung für den Einung festzusetzen. In Frage gestelltes Gewohnheitsrecht erhält so mittels Rechtssetzung neue unzweifelhafte Geltung²⁵. Die Herrschaft sagt selbst, warum ihr an der Geltung dieser Regel gelegen ist: «umb fridens willen». Die Herrschaft hat Schutz und Schirm über die Dorfgemeinschaft. Sie muß Streitigkeiten zwischen den Genossen schlichten, sie ist nicht zuletzt auch am Ertrag der Dorfwirtschaft interessiert. Vor allem aber muß sie den Einung durchsetzen.

Die Durchsetzung des Einungs durch die Herrschaft wird der entscheidende Grund dafür sein, daß Folgepflicht und Mehrheitsprinzip in den Öffnungen hervorgehoben werden. Für die Durchsetzung muß zunächst gewiß sein, daß ein Beschluß der Mehrheit zustandekam; dann muß bekannt sein, was für einen Beschluß die Mehrheit faßte; und endlich muß der Zwing- und Bannherr, der den Einung durchsetzen soll, dessen sicher sein, daß die nichtzustimmenden Genossen verpflichtet sind, diesem Beschluß zu folgen, bzw. daß er für sie verbindlich ist. Nur in diesem Fall kann die Herrschaft von *jedem* Genossen, der den Bann bricht, die Buße fordern. Wie sehr bei der Folgepflicht an die Durchsetzung gedacht wird, zeigt die Öffnung Nöschikon: «dz soll der minder teil stät han oder er git die buß, so darüber gesetzet»²⁶. Weil der Herr zur Durchsetzung des Einungs zuständig ist, versichert er sich der Geltung der Folgepflicht in der Öffnung²⁷.

Daß in unseren mittelalterlichen ländlichen Gemeinden mittels Folgepflicht und Mehrheitsprinzip Recht gesetzt wurde, das mögen wir heute als frühen Beweis demokratischer Übung begrüßen. Doch eben dieser frühe Beweis zeigt eine Problematik demokratischer Rechtsetzung, die wohl nicht allein der besonderen geschichtlichen Zeit und ihrer Rechtsordnung, sondern überhaupt der ersten Ausbildung des Gedankens eigen ist. Vom deutschen Rechtsdenken her ist es nicht selbstverständlich, daß eine nichtzustimmende Minderheit durch den Willen der Mehrheit gebunden wird. Mag es noch angehen, daß bei Wahlen von Dorfbeamten die Mehrheit entscheidet, weil ein solcher Entscheid für den einzelnen Genossen keine direkten Folgen hat, so zeigen sich doch schon hier

²⁵ Daß das Einungsrecht der Gemeinde schon vorher bestand, geht deutlich aus Art. 24 hervor, wonach «die puren» fürs Heuen und Emden «mit einander ze rat werden» sollen. Wohl besteht zwischen diesen beiden Bestimmungen typische Schichtung. Art. 26 wurde der Öffnung offenbar angehängt.

²⁶ Ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8.

²⁷ Vorn 36.

manchmal Widerstände gegen das Verfahren, Schwierigkeiten des Verfahrens, welche der Herr beilegen muß²⁸. Um wieviel gefährlicher ist aber der Mehrheitsentscheid, wenn er Recht setzt, d. h. wenn aus ihm Pflichten für jeden einzelnen erwachsen! Hier fragt es sich sogleich, ob die nichtzustimmende Minderheit zum Befolgen des gesetzten Rechts gezwungen werden kann. Die Gemeinde hatte dazu meist nicht ausreichende Machtmittel; die herrschaftliche Hilfe war nötig. Die Demokratie in der Gemeinde begründet so die Grenze der Autonomie der Gemeinde: um die Minderheit zur Befolgung des Einungs zu zwingen, bedarf die Gemeinde der herrschaftlichen Durchsetzung. Diese Grenze liegt erst im Vollstreckungsverfahren. Sie wirft aber ihren Schatten zurück auf die Rechtsetzung selbst, für welche man sich der Geltung der Folgepflicht und des Mehrheitsprinzips immer neu versichern muß. Daher können diese Zusammenhänge, obwohl die Gemeinde im allgemeinen wenigstens für den Inhalt des gesetzten Rechts autonom ist, zu einer Relativierung selbst dieser Eigenständigkeit führen: zum Beispiel im Berufungsrecht der Fraumünsteröffnungen²⁹.

Gegenüber dieser Zuständigkeit der Gemeindeversammlung macht es nur scheinbar einen Unterschied, wenn die Öffnungen die Gemeindebeamten «mit der gebursami rät»³⁰ oder «mit der gebursami wissen»³¹ oder «nach der meren hand der gebursami» zu bannen³² zuständig erklären. Die Beamten haben in diesen Fällen nur leitende Funktion in der Gemeindeversammlung und bei der Abstimmung.

Es gibt aber Ausnahmen von der Zuständigkeit der Gemeindeversammlung. So haben zum Beispiel in Dübendorf die Anwälte der Gemeinde das Recht, «bann ze machen by einer büs»³³. In der Öffnung Flaach sind nach einem Öffnungssatz die Dorfmeier zuständig, nach einem andern sie und der Untervogt³⁴. Eine einläßliche und einzig dastehende Ordnung der internen Zuständigkeit zeigt die Öffnung Oberglatt. Die vier Meier des Dorfes werden nicht gewählt; die Öffnung (das

²⁸ Vorn 82 bei N 23.

²⁹ Vorn 42.

³⁰ O. Altstetten 1429 RQ I 276 Art. 41.

³¹ O. Nieder- und Mettmenhasli 1436/78 GW IV 308 Abs. 5.

³² O. Dietikon RQ II 362 Art. 31.

³³ 15. Jh. RQ II 451 Art. 42.

³⁴ GW I 92 Abs. 7 und 94 Abs. 10; Schichtung; schon die erste Bestimmung nennt wesentlich nur den Bußenanteil des Vogtherrn; die zweite — die letzte der Öffnung und daher wohl angehängt — wiederholt diese Teilung der Buße ausführlicher; der Untervogt ist hier der Beamte des Gerichtsherrn, vgl. P. Kläui Die Gerichtsherrschaft Flaach-Volken 1932 111.

Gewohnheitsrecht) bestimmt vielmehr die Inhaber von vier bestimmten Höfen zu Meiern. Sie haben «gewalt, einung hoch oder nider zesetzenn». Werden diese vier Meier unter sich nicht einig, so sind sie auf zweiter Stufe zusammen mit vier auf die gleiche Weise bestimmten Hubern zuständig. Erst auf der dritten Stufe — wenn diese acht nicht zuwege kommen — ist die Gemeindeversammlung zuständig³⁵. Die *Zuständigkeit der Gemeindebeamten zum Setzen des Einungs* ist nicht nur im Vergleich zur regelmäßigen Zuständigkeit der Gemeindeversammlung, sondern auch im Rahmen der üblichen Aufgaben der Dorfmeier oder Vierer³⁶ ungewöhnlich. Diese Aufgaben lassen sich unter die Titel *Aufsicht* und *Schiedsgerichtsbarkeit* gruppieren. Den Dorfmeiern kommt die Aufsicht über die Efaden³⁷, über die Wälder, über Steg und Weg, auch die Aufsicht über die Inhaber der Gewerbebannrechte zu; und dazu gehört dann ohne weiteres auch die Aufsicht über die Einhaltung der Einungen. Andererseits steht ihnen schiedsgerichtliche Streiterledigung zu; die Ausübung dieser Aufgabe erzwingt die Herrschaft ihnen gegenüber³⁸; im Zusammenhang damit haben sie Aufgaben nichtstreitiger Gerichtsbarkeit, so die Schätzungen. Die Banngewalt selbst steht ihnen aber üblicherweise nicht zu. Sie haben nur Durchführungsfunktionen bei den Bännen des Herrn und der Gemeinde; bei denen der Gemeinde haben sie auch Hilfsfunktionen im Verfahren der Setzung.

In der Zuständigkeit der Dorfbeamten zum Bann dürfen wir gegenüber der Zuständigkeit der Gemeindeversammlung eine Weiterentwicklung sehen. Die kleinere, leichter arbeitende Behörde übernimmt die Bannbefugnis von der größeren, damit nicht für jeden einzelnen Bannbeschluß die Gemeindeversammlung einberufen werden muß. Solche Entwicklung erweisen die 1. und die 3. Rezension der Offnung Dietikon. Nach beiden Rezensionen steht es den Meiern zu, die Eicheln zu bannen; doch die Regel, die das bestimmt, ordnet vor allem das interkommunale Verhältnis zu Oberndorf und Schönenwerd, welchen Gemeinden die Meier den Bann kundmachen sollen³⁹. Daß die Meier die Eicheln bannen sollen, wird in der 1. Rezension wiederholt, jetzt aber im Zusammenhang mit Bestimmungen, die eine Kompetenz der Gemeindeversammlung begründen⁴⁰. Daher stand wahrscheinlich auch der Eichelbann der gan-

³⁵ 1500 StAZ Urk. Stadt und Land Nr. 2977 Art. 3—7.

³⁶ Vgl. *Fr. von Wyß* Abhandlungen 47.

³⁷ Vorn 61.

³⁸ Z. B. O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 394 Art. 71: der Vogt kann es ihnen gebieten.

³⁹ RQ II 361 Art. 17 und 387 Art. 33.

zen Gemeinde zu. Aber selbst wenn der Eichelbann schon nach der 1. Rezension den Meiern allein zusteht, so ist die Zuständigkeit der Beamten nach der 3. Rezension doch stark erweitert: Die Meier bannen jetzt die Zelgen und neuerworbene Wiesen, die Bußen gehören ganz ihnen; einzig die Wahl des Forsters und das Ausgeben des Bracheinfangs stehen der Gemeindeversammlung zu ⁴¹. Während nach der Höngger Öffnung 1338 «die dorfflüt» den Einung setzen ⁴², sollen nach der Gemeindeordnung 1576 die Zwölfer «als oft sy von nótten syn bedunckt» die Hölzer verbieten; die Höhe der Buße aber wird in der Öffnung genannt, mit dem Vorbehalt allerdings, daß die Gemeinde und die Geschworenen eine andere festsetzen ⁴³. In diesem Bannen durch die Zwölfer, «als oft sy von nótten syn bedunckt», wird der Grund für die Übernahme der Gemeindezuständigkeit durch ihre Beamten deutlich; dieses kleine Kollegium ist besser als die große Gemeindeversammlung geeignet, die im Laufe des Jahres etwa notwendig werdenden Bänne auszusprechen: bemerkenswerterweise wird ja die Aufgabe, für welche dieses Moment des raschen und situationsgerechten Handelns nicht zählt: die Festsetzung der Buße, nicht auf die Beamten übertragen. Die früher einheitliche Zuständigkeit zum Setzen des Einungs ist hier geteilt in eine Zuständigkeit zum Aufstellen der Bußen — was nur in großen zeitlichen Abständen nötig wird — und in eine zum jeweiligen Aussprechen und Verhängen des Bannes, der immer wieder erforderlich ist, nachdem er für die Arbeiten im Holz für kurze Zeit gehoben worden ist. Diese Differenzierung der Zuständigkeit ist ein schönes Beispiel für die Entwicklung der formellen Gestaltung des Einungs.

In dieser Art wächst die Zuständigkeit der Gemeindebeamten auf Kosten der Zuständigkeit der Gemeindeversammlung. Eine solche Entwicklung werden wir auch da annehmen dürfen, wo sie sich aus den Quellen nicht belegen läßt. Unmerklich wird der Einfluß der Beamten als Leiter der Gemeindeversammlung so gewachsen sein, daß sie einzelne Bänne selbst zu setzen sich herausnehmen konnten.

⁴⁰ RQ II 362 Art. 32. Art. 28—31 geben den Dorfmeiern und dem Knecht das Recht, «mit der meren hand der gebursami» Forster und Hirt zu wählen, einen Einfang auf der Brache auszugeben, die Zelgen zu zwingen und zu bannen.

⁴¹ RQ II 389 Art. 42—47.

⁴² Stutz RQ 13 Z 19.

⁴³ Stutz RQ 55 Art. 14.

2. Das Verfahren bei Setzung des Einungs

Über das Verfahren der Einungssetzung sagen die Quellen wenig aus. Die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung schließt schon die wichtigsten Stadien dieses Verfahrens in sich: Die Gemeinde versammelt sich und befindet durch Abstimmung über den Einung. Die Versammlungen der Gemeinde zum Beschlusse über Einungen waren nicht periodisch, noch folgten sie sich in einer von vornherein festgelegten Regel. Die zeitliche Folge dieser Gemeindeversammlungen schloß sich der Gesetzmäßigkeit des ländlichen Wirtschaftslebens an. Sie stimmten also insbesondere nicht mit den Versammlungen zum Gericht überein. Wenn die Gemeindeversammlung allein oder mit den Gemeindebeamten gemäß der Öffnung zuständig ist, so heißt das auch, daß der Herr oder seine Beamten an diesen Versammlungen nicht teilnehmen; Ausnahmen von dieser Regel haben wir kennengelernt ⁴⁴. Die Zuständigkeit der Gemeinde zum Einung heißt aber auch, daß diese Versammlungen nicht noch besonderer herrschaftlicher Erlaubnis oder Zustimmung bedürfen ⁴⁵.

In den kleinen Verhältnissen unserer mittelalterlichen Dörfer wird eine formelle Ankündigung dieser Versammlungen kaum nötig gewesen sein. Die Jahreszeit selbst forderte, daß ein bestimmter Bann gesetzt werde. Ein angesehener Bauer oder der grundherrliche Meier gab den Anstoß, und dann sprach es sich herum, daß man dann und dann bannen wolle, daß man sich dann und dann treffe ⁴⁶. Bald werden sich für die Zeiten dieser Gemeindeversammlungen Gewohnheiten gebildet haben. — Sobald allerdings ständige Gemeindebeamte da waren, entschieden sie über den Zeitpunkt der Versammlung und beriefen die Genossen dafür ein. Sie «beschowenn die frucht» und «habenn ein gemeindt» ⁴⁷. Vielleicht stellten sie sogar den Weibel oder den Forster dazu an, die Versammlung anzukündigen ⁴⁸.

Auch die Sache selbst, der Inhalt des Einungs, war regelmäßig durch die Jahreszeit schon weitgehend bestimmt. Daher war es kaum nötig, der Versammlung eigentliche Anträge zu stellen. Der angesehene Bauer, der grundherrliche Meier oder die Dorfmeier hatten nur kurz darzulegen,

⁴⁴ Vorn 78 f.

⁴⁵ Ausnahme O. Ellikon a. Rh 1596/1620 StAZ A 97.3 Art. 1 letzter Satz: zu jeder Gemeindeversammlung ist die Zustimmung des Herrn erforderlich.

⁴⁶ O. Wallisellen 1528 Abschrift StAZ A 97.7 Art. 19: «mag ein gebursami zu sammen gan als dik sy das notürfftig dunckt».

⁴⁷ O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52.

⁴⁸ Untypisch, weil zürcherische Holzordnung und nur für Gemeinwerk: Affoltern bei Zürich 1584 RQ I 102 Art. 7.

worum es ging: Man mußte Zelgen, Wiesen oder Wald bannen, mußte heuen, emden, Frucht schneiden, ins Holz fahren usw. Man hatte für diese Arbeiten über ein Datum übereinzukommen, man mußte den Zeitpunkt, an welchem der Bann beginnen sollte, bestimmen. Wenn das Mehrheitsprinzip eine so große Rolle spielte, so waren über diese Dinge offenbar verschiedene Meinungen möglich. Aus der Versammlung stellten einzelne Bauern Gegenanträge. Die Gemeindebeamten aber, welche die Anträge stellten, gewannen schon damit starken Einfluß auf die sachliche Entscheidung.

Sie leiteten auch die Abstimmung. Diese Leitung von Beratung und Abstimmung ist gemeint, wenn die Offnung sagt, der Bann stehe den Beamten mit Rat oder Wissen der Gebursami zu ⁴⁹. Abgestimmt wurde mit Handmehr, «nach der meren hand der gebursami» ⁵⁰. Die Beamten zählten die Stimmen, welche die verschiedenen Anträge auf sich vereinigten, und verkündeten, was die Versammlung beschlossen hatte, damit jeder wisse, was der Gemeinde Recht nun sei. Die Notwendigkeit solcher Verkündung ergibt die allgemeine Verbindlichkeit des Einungs. Die Verkündung war eine Ankündigung, von welchem Zeitpunkt an ein Bann gelten solle. Auch denjenigen, die nicht an der Versammlung waren, mußte dies verkündet werden ⁵¹; diese Aufgabe werden die Beamten unter sich aufgeteilt haben, sofern die Pflicht nicht allen Genossen gemeinsam auferlegt wurde ⁵². Größere Wichtigkeit als beim Einung, den die Gemeindeversammlung beschloß, kam dieser Verkündung dann zu, wenn subsidiär der Herr einen Einung setzte; die Offnung Meilen verlangt für diesen Fall vom Herrn, er «sol ouch dz vorhin acht tag gebieten in der kilchen» ⁵³.

Mit dem Beschluß der Gemeinde ist der Einung gesetzt, mit seiner Verkündung die Voraussetzung für die allgemeine Verbindlichkeit erfüllt.

⁴⁹ Vorn 84 N 30—32.

⁵⁰ O. Dietikon RQ II 362 Art. 31.

⁵¹ O. Adlikon RQ I 11 Art. 26 Abs. 2; O. Bassersdorf RQ I 389 Z 7: acht Tage vorher verkünden.

⁵² Holzbrief Affoltern b. Z. 1584 RQ I 102 Art. 8.

⁵³ O. Meilen ca. 1400 StAZ A 97.4 Art. 20.

3. Die Beurteilung des Bannbruches

Daß die Gemeinde die Einhaltung des von ihr gesetzten Einungs selbst überwacht, ist nicht nur natürlich, es bietet auch keine besonderen Schwierigkeiten. Die Dorfmeier, der Forster und jeder einzelne Genosse werden Übertretungen am besten wahrnehmen können. Des Forsters Aufgabe ist es ja, «der gebursami ir holtz und ir veld ze behüten»⁵⁴. Er »soll lügen zu irem feld, korn vnd höw vnd holtz»⁵⁵. Mit dieser Überwachung wird die Subsumtion gewöhnlich eins sein. Die Dorfbeamten oder die Genossen nehmen wahr, daß einer den Bann nicht hält; also schuldet er die Buße. Der Forster wird Übertretungen den Dorfmeiern anzeigen⁵⁶. So liegt die Subsumtion der Gemeinde selbst ob. Wie der Einung nicht in den Gerichtsverhandlungen gesetzt wird, so werden auch die ihn verletzenden Tatbestände nicht im Gericht behandelt. Mit der Subsumtion hat die Herrschaft nichts zu tun. Sie hat den Spruch der Gemeindebeamten, der und der habe den Einung verletzt, nicht zu überprüfen. Das änderte sich an einzelnen Orten⁵⁷ unter zürcherischer Obrigkeit. Die Verletzung des Einungs muß dem Obervogt angezeigt werden; und zwar werden die Dorfmeier oder der Forster an den Frühlings- und Herbstgerichten Anzeige erstatten⁵⁸. Hier wird dem Obervogt im Gericht die Subsumtion zugestanden haben; er zieht selbst die Buße ein. Nach den zürcherischen Holzordnungen hingegen haben die Dorfmeier mit der Gewalt, die Bußen einzuziehen, wohl auch das Recht der Subsumtion, wenn sie auch die Übertreter immerhin anzeigen müssen. Sie haben damit eine übertragene Kompetenz, über deren richtige Erfüllung der Obervogt wacht; er kann die Dorfmeier bei Nachlässigkeit büßen⁵⁹.

Ist der Tatbestand der Zuwiderhandlung festgestellt, so muß der Einung vollstreckt werden.

⁵⁴ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 385 Art. 4.

⁵⁵ O. Knonau GW I 54 Abs. 3; Dietlikon-Rieden 1557 RQ II 402 Z 33 ff.

⁵⁶ O. Dietikon RQ II 361 Art. 20.

⁵⁷ Nicht geändert hat es nach dem Regensberger Herrschaftsrecht 1538 Pestalutz I 194 Art. 48 für die Gemeindebußen, welche die Kompetenz der Gemeinde nicht überschreiten. Ähnlich Andelfinger Herrschaftsrecht 1534 Pestalutz II 53 Art. 1 § 2.

⁵⁸ O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52.

⁵⁹ Vergleich Affoltern a. A. 1563 RQ I 78 Z 32 ff./79 Z 1 ff.; Holz- und Brunnenordnung Adliswil 1571 RQ I 17 Art. 7.

4. Die Durchsetzung des Einungs

Die Durchsetzung des eigenen Gemeinderechts war offenbar der Teil des Verfahrens, in welchem die Selbständigkeit der Gemeinde oft nicht gewahrt werden konnte. Doch gilt es, diese Selbständigkeit auch hier zunächst hervorzuheben. Wir mußten die Frage offenlassen, ob der Gemeinde eigentliche Zwangsmittel zustanden ⁶⁰. Ob das nun der Fall war oder nicht, wir sehen jedenfalls, daß sie bei der Vollstreckung des Einungs auf große Schwierigkeiten stieß. Der Übertreter des Einungs, der vielleicht schon in der Gemeindeversammlung dagegen gestimmt hatte und der, sich der Mehrheit zu fügen, nicht gesonnen war, wird schwerlich den Dorfbeamten die verlangte Buße gegeben haben ⁶¹. Er wird bestritten, wird eingewandt haben, daß er nicht zugestimmt habe, und wird jedenfalls der Bußforderung gegenüber taub gewesen sein. Hatte die Gemeinde kein Pfändungsrecht, so kam sie gegen diese Verweigerungen nicht an; stand es ihr aber zu, so fragt sich stets noch, ob sie auch rein tatsächlich die Macht gehabt habe, es auszuüben. Die bloß genossenschaftlichen Zwangsmittel, welche der Gemeinde natürlich offenstanden ⁶², mochten erst recht versagen.

Daß die Gemeinde aber grundsätzlich zum Einzug der verfallenen Bußen zuständig war, kommt in verschiedener Weise zum Ausdruck. Zuweilen heißt es einfach, die Gemeinde möge die Einungsbußen «innehmen» ⁶³. Manchmal klingt auch die Tatsache, daß die Gemeinde bei der selbständigen Durchsetzung gescheitert war, nach: «wer aber, dz inen einer nit gehorsam wölt sin» ⁶⁴ oder «were, das keiner . . . sich nit wölte lassen büßen» ⁶⁵ oder «ob si dar zû ze krank wârin» ⁶⁶. Nach verschiedenen Texten soll der Herr die Buße nur dann einziehen, wenn die Gemeinde ihn darum angeht ⁶⁷. Hier wacht die Gemeinde auch über

⁶⁰ Vorn 68 ff. Vgl. für die ländliche Pfändung *Fr. von Wyß* ZSR 7 (1858) 41 ff.

⁶¹ Schwamendingen 16. Jh. Hotz Nr. 68: will der Weibel für Holzschäden durch das Vieh Bußen einziehen, so werden sie ihm geweigert. Es wird eine obrigkeitliche Ordnung nötig, Nr. 71.

⁶² Vgl. *K. S. Bader* Der schwäbische Untergang 1933 93 für den Spruch des Dorfgerichts; *H. Rennfahrt* Grundzüge II 94 f. für die städt. Bürgergenossenschaft.

⁶³ O. Örlikon GW I 74 Z 18; Marthalen Schauberg Z 154 Z 2.

⁶⁴ O. Dietikon RQ II 363 Art. 34.

⁶⁵ O. Altstetten 1429 RQ I 277 Art. 42.

⁶⁶ O. Albisrieden 15. Jh. RQ I 119 Z 4 f.

⁶⁷ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Art. 62 Abs. 2; O. Neftenbach GW I 78 Z 10 ff.; O. Obernhausen 1393 GW IV 303 Art. 6; O. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 2.

diesen Teil ihrer Selbständigkeit eifersüchtig; nur dann soll der Herr eingreifen, wenn sie tatsächlich erfolglos bleibt, auf die Erhebung der Buße aber nicht verzichten will und ihn deshalb um Rechtshilfe bittet. Um eine *Rechtshilfe* durch den Herrn geht es vom Standpunkt der Gemeinde aus; aber auch vom Standpunkt des Herrn aus erscheint es als ein *Helfen* zum Recht⁶⁸, verpflichtet ihn doch zunächst — bevor diese Hilfe eine gewohnheitsrechtliche Zuständigkeit wird — nichts, in den selbständigen Rechtsbereich der Gemeinde einzugreifen. Denn auch Schutz und Schirm des Herrn erstreckt sich nicht ohne weiteres auf den Einung⁶⁹; daß er die Gemeinde bei ihrem Recht schirmen und die Bußen einziehen soll, muß vielmehr die Offnung sagen⁷⁰. Endlich bewirkt an vielen Orten erst die Rechtshilfe der Herrschaft eine Teilung der Buße zwischen ihr und der Gemeinde; ohne solche Hilfe kommt der ganze Bußertrag der Gemeinde zu⁷¹. Auch das zeigt, daß die Gemeinde an sich für die Durchsetzung allein zuständig ist.

Aber noch andere Merkmale des Durchsetzungsverfahrens weisen auf die grundsätzliche Selbständigkeit der Gemeinde auch in diesem Stadium des Einungs hin. Gerade wenn er von der Herrschaft durchgesetzt wird, zeigt sich in Einzelheiten, wo die Berechtigung tatsächlich liegt. Die beiden Teile der Buße — der dem Herrn und der der Gemeinde gehörende — sind nämlich oft nicht gleichgestellt. Vielmehr ist der Herr verpflichtet, den Teil, welcher der Gemeinde gehört, zuerst, vor seinem eigenen einzuziehen⁷². Damit ist der Gemeinde die Sicherheit gegeben, daß die besten Pfändungsobjekte für ihren Bußanspruch stehen und daß der Herr nicht einfach den eigenen Anteil vorweg einzieht, dem Anteil der Gemeinde aber lässig nachgeht. Der Gefahr, daß der gemeindliche Bußenteil vernachlässigt werden könnte, treten die Offnungen mit dem Satz entgegen, daß der Herr der Gemeinde ihren Teil einziehen *soll*,

⁶⁸ S. N 65; O. Obernhausen s. N 67: «vordrent aber si das er inen helf»; O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Land Nr. 2977 Art. 8: «vnnd sond die zwingherrenn helffen dem dorff sinen teil in zû ziechenn».

⁶⁹ Vgl. G. *Partsch* Die Steuern des Habsburger Urbars 4. Beiheft zur ZSG 1946 59 ff. über die Pflichten, die dem Vogt als Gegenleistung für die Vogtsteuer unter dem Titel «Schutz und Schirm» auferlegt sind.

⁷⁰ O. Männedorf 1534 C. *Bindschedler* Geschichte der Gemeinde Männedorf 1938 16 Art. 23.

⁷¹ O. Albisrieden 15. Jh. RQ I 119 Art. 22; O. Dietikon RQ II 363 Art. 33 und 34, 389 Art. 42 und 43.

⁷² O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Art. 62 Abs. 2; O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Z 7 ff.; O. Neftenbach GW I 78 Z 12 f.; O. Obernhausen 1393 GW IV 303 Art. 6; O. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 2.

während es ihm freisteht, ob er den eigenen Teil einziehen *mag* ⁷³. Das Recht auf die Gemeindebuße ist ein wirkliches Gemeinderecht. Immerhin ist dabei zu bedenken, daß diese beiden Grundsätze — Vorgängigkeit der dem niedrigeren Rechtskreis zustehenden Buße und Fakultativität für die dem höheren Rechtskreis zustehende Buße — so gut wie der ganze für das Einungsrecht geltende Durchsetzungsmechanismus in der mittelalterlichen Rechtsordnung zwischen höheren und niedrigeren Rechtskreisen allgemeine Gültigkeit hatten; sie galten beispielsweise auch zwischen Zwing- und Bannherrschaft und Dieb- und Frevelgerichtsherrschaft ⁷⁴.

Denn diese herrschaftliche Durchsetzung und Rechtshilfe ist nicht eine besondere Gestaltung des Gemeinderechts. Die Durchsetzung des Rechts eines niedrigeren Rechtskreises durch den Hoheitsträger des nächst höheren Rechtskreises ist vielmehr ein allgemeines Prinzip der mittelalterlichen Rechtsordnung. Das gilt insbesondere für das Hofrecht des Grundherrschaft als des Zwing- und Bannherrschaft im Verhältnis zum höheren Gerichtsherrschaft ⁷⁵. Wird dem Zwing- und Bannherrschaft die Pfändung gewaltsam verweigert und verfällt damit die Frevelbuße der Pfändungsverweigerung, so hat der Gerichtsherr außer der eigenen dem Grundherrschaft seine Buße einzubringen ⁷⁶. Er muß dem Grundherrschaft zu seinem Zins verhelfen ⁷⁷. Überhaupt muß er dem Gericht des Zwing- und Bannherrschaft beiwohnen «und gewalt vor sin» ⁷⁸. Dieser allgemeine Grundsatz gilt aber auch später unter zürcherischer Obrigkeit noch ⁷⁹. Wo immer das niedrigere Gebot nicht durchdringt, hat der höhere Hoheitsträger sein höheres Gebot anzulegen und hat nicht selten dann auch praktisch das niedere Gebot zu verwirklichen, indem er die niedere Buße einzieht.

Dieser allgemeine Grundsatz hat in Anwendung auf die Gemeinde gewöhnlich nicht die Form des Aussprechens höherer Gebote durch den Herrn, sondern die der bloßen Vollstreckung des Gemeindegebotes. Wir glauben, auch darin einen Ausdruck der besonderen Selbständigkeit der Gemeinde sehen zu dürfen. Der Herr macht sich die materiellen Grundsätze der Gemeinde nicht zu eigen, indem er sie mit seinen eigenen Bußdrohungen versieht. Er erhebt das Gemeinderecht nicht zu eigenem

⁷³ O. Bassersdorf und Neftenbach, O. Dietlikon: «ob er wil», zit. N 72.

⁷⁴ Z. B. O. Höngg 1338 Stutz RQ 12 lat. Z 9 ff. deutsch. Z 15 ff.

⁷⁵ O. Berg a. I. RQ I 495 Art. 12 und 13. J. C. Bluntschli Staats- und Rechtsgeschichte I 225; H. Wießner Sachinhalt 206.

⁷⁶ O. Höngg 1338 s. N 74; O. Meilen vor 1346 GW IV 329 Z 7 f.

⁷⁷ Z. B. O. Birmensdorf 1347 RQ II 35 Art. 63; O. Knonau 1414 Schauberg Z 77 Art. 14.

⁷⁸ O. Birmensdorf 14. Jh. RQ II 21 Art. 5; O. Hedingen GW IV 292 Art. 3

⁷⁹ O. Weyach 1567 ZSR 4 b 183 Abs. 2.

Recht, leiht ihm vielmehr nur seine Zwangsgewalt. Wenn ein zürcherischer Spruch für Dachsen bestimmt, daß der Vogtherr im Falle, daß die Gebote der Gemeinde zu Dachsen mißachtet würden, «darüber sine gebot und verbott usgan lassen und tûn mög»⁸⁰, so ist das eine für den Einung untypische Durchsetzungsform. Als solche ist sie aber zugleich typisch für eine fortgeschrittene Entwicklung. Wie die Gemeinde im Besitze nicht nur des Efadengebots, sondern überhaupt eines allgemeinen Gebots und Verbots ist und also in die Rechte eines früheren Zwing- und Bannherrs eingetreten zu sein scheint⁸¹, so entspricht dieser verbesserten Stellung der Gemeinde eine höhere Stufe ihres Rechts; der Gerichtsherr macht es sich, wie sonst das Recht des Zwing- und Bannherrs, zu eigen, indem er es mit den eigenen Bußsätzen ausstattet. Wenn mit der Selbständigkeit der Gemeinde da, wo der Zwing- und Bannherr ihr Recht nur vollstreckt, es aber nicht zu seinem eigenen erhebt, eine gewisse Gleichgültigkeit der Herrschaft diesem minder wichtigen Recht gegenüber verbunden zu sein scheint, so erhält sie erst da eine wichtige und notwendige Stellung in der Rechtsordnung, wo ihr Recht fähig und wert ist, von einem höheren Rechtskreis übernommen zu werden.

Wenn die Durchsetzungsform für das Gemeinderecht hingegen die einfache Vollstreckung des Gemeindegebots ist, so ist das Mittel dazu die Pfändung in der Höhe der Buße. In der Pfandnahme verwirklicht sich die Zwangsgewalt für Geldstrafen allgemein⁸². Wenn die Offnungen etwa sagen, der Herr soll der Gemeinde die Buße «Ingewünnen», so ist dafür eine Stelle aufschlußreich, welche das «Ingewünnen» des Hirtenlohnes durch den Herrn erläutert: «also das man im von den, so hinderminen Herren seßhaft sind, Pfender ingewünnen sol»⁸³. Die Gewalt zu pfänden ist Teil des dem Herrn zustehenden Zwings. Von der Gemeinde darum gebeten und also von ihr ermächtigt, wendet er sie auch im Bereich des Gemeinderechts an. Der Zwing- und Bannherr hat zwar die Gewalt zu pfänden; doch auch ihm kann ein Pfand verweigert werden. Der zu Büßende kann sich mit Gewalt gegen die Pfandnahme wehren. In diesem Fall greift eben auf dritter Stufe das Recht des höheren Gerichtsherrn ein. Aber es greift nicht so ein, daß es höhere Bußen an die Übertretung des Einungs anlegt. Die gewaltsame Verhinderung der Pfän-

⁸⁰ 1511 RQ II 221 Z 29 ff.

⁸¹ Hinten 127 f.

⁸² O. Höngg 1338 Stutz RQ 10 lat. Z 25 ff. deutsch. Z 31 ff.; O. Meilen vor 1346 GW IV 328 Art. 2; O. Rümlang GW IV 332 Art. 6; O. Oberdürnten 1485 RQ II 505 Art. 14; O. Rorbas 1605 GW I 89 Abs. 8.

⁸³ O. Fluntern II ZSR 4 b 139 Abs. 3.

dung ist vielmehr ein *Frevel*, auf welchen die besondere Buße des Gerichtsherrn steht ⁸⁴.

Übrigens hat die Vollstreckung des Einungs durch die Herrschaft rein organisatorisch gesehen viel für sich. Es erscheint organisatorisch richtig, daß die Gemeinde die sachlichen Fragen ordne und entscheide, weil diese Dinge sie in erster Linie angehen und weil sie am besten mit ihrem Land und den Dringlichkeiten seiner Bewirtschaftung vertraut ist. Ebenso richtig erscheint es andererseits, daß die bloße Erzwingung dieser Ordnung einer Instanz übertragen wird, welche für diese Aufgabe ohnehin schon rechtlich ausgestattet ist. Neben den geschichtlich erkennbaren Gründen für die Übertragung der Durchsetzung auf die Herrschaft — eventuell fehlende Zwangsgewalt und nicht ausreichende tatsächliche Macht der Gemeinde — wird diese Zweckmäßigkeit der Funktionen- teilung nicht wenig ausgemacht haben. Ihr dürfen wir es vielleicht vor allem zuschreiben, daß die herrschaftliche Durchsetzung an vielen Orten zur Regel wurde und daß daher die Offnungen sie einfach erwähnen, ohne sie vom Ersuchen oder vom Scheitern der Gemeinde abhängen zu lassen ⁸⁵ und daß sie die Teilung der Bußen zwischen Herrschaft und Gemeinde unbedingt erwähnen ⁸⁶. Diese Zweckmäßigkeit wurde nicht be- wußt angestrebt, aber die Entwicklung strebte natürlicherweise auf sie zu.

Die Einungsbußen werden fast immer zwischen Herrschaft und Ge- meinde geteilt, und zwar regelmäßig im Verhältnis 1:2. Der Herrschaft ge- hört ein Drittel, der Gemeinde zwei Drittel der Buße ⁸⁷. Die Ausnahmen von dieser Regel entsprechen ihrerseits wiederum der Regel, daß unter zür- cherischer Obrigkeit an die Stelle der Drittelung die Halbierung der Buße trat ⁸⁸. Für die Teilung der Buße sind verschiedene Gründe denkbar. Sie

⁸⁴ O. Höngg 1338 Stutz RQ 11 lat. Z 28 ff. dtsch. Z 32 ff.; O. Rümlang GW IV 332 Art. 6 Satz 2; O. Meilen GW IV 329 Z 5 ff.

⁸⁵ O. Dietlikon-Rieden RQ II 396 Z 7 ff.; O. Nieder- und Mettmenhasli 1438/78 GW 308 Abs. 5; O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Land Nr. 2977 Art. 8; O. Rüslikon/Rüfers ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15.

⁸⁶ Zitate N 85.

⁸⁷ An allen vorn 90 N 64 und 66—68 zitierten Orten, sowie sonst allgemein, ausgenommen die in N 88 zitierten Orte.

⁸⁸ O. Männedorf 1534 C. *Bindschedler* a. a. O. 16 Art. 23; O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52; Holzordnung Äsch a. A. 1556 RQ I 33 Z 26 ff.; Vergleich Affoltern a. A. 1563 RQ I 77 Z 34/78 Z 1 ff.; Holz- und Brunnenordnung Adliswil 1571 RQ I 17 Art. 7: Bußen unter 1 Pfund gehören ganz der Gemeinde, darüber zur Hälfte. Als Sonder- fall der hälftigen Teilung erscheint O. Fluntern ZSR 4 b 141 Abs. 4; diese gilt schon vor der zürcherischen Obrigkeit und hat ihren Grund in der Teilung des Holzeinungs GW IV 324 Art. 17.

könnte daher rühren, daß der Zwing- und Bannherr das Einungsrecht der Gemeinde übertragen hätte, und wäre dann Ausdruck des umfassenden herrschaftlichen Bannrechts⁸⁹. Mit dieser Begründung wäre dann über die Herkunft des Einungsrechts bereits abgesprochen⁹⁰. Allein aus den Quellen wird ein anderer Grund offenbar. Beginnen wir mit anderen Bußdritteln! In der Stiftungsurkunde des Klosters Engelberg heißt es, daß dem vom Kloster bestellten Vogt, der zweimal jährlich dem Kloster Gericht halten soll, «nullum autem aliud servicium, ius aut beneficium sibi *pro hoc* concedi recognoscat nisi eternam dei mercedum et *tercium bannum*»⁹¹. Der eine Drittel der Bannbuße ist Entgelt für das Gerichthalten, für die Rechtsprechung durch den Vogt. Nach der Offnung Hedingen sitzt der Vogt im Gericht des Niedergerichtsherrn, um seiner höheren Zwangsgewalt willen; «vnd dorvmm wz von schulden geualt, des sol . . . ain vogt den dryttail nemen»⁹². Damit ist ein Drittel der niedergerichtlichen Bußen gemeint, der Bußen also, auf welche der Gerichtsherr von seiner höheren Gerichtsgewalt wegen kein Anrecht hätte; ihm — und zwar ihm allein — gehören die Frevelbußen; die höhere Gerichtsbarkeit allein gibt ihm aber an sich kein Recht, in den Bereich der niederen einzugreifen, sich an deren Bußen zu beteiligen⁹³. Auch nach den Offnungen ist daher der Bußdrittel des Frevelgerichtsherrn Entgelt für sein Beisitzen im niederen Gericht. Übertragen auf den Einung heißt das: Der Herr erhält den Bußdrittel nur, wenn er tatsächlich die Buße für die Gemeinde einziehen muß; kann die Gemeinde die Buße selbst einziehen, so gehört sie ihr ganz⁹⁴. Was früher dafür angeführt wurde, daß die Gemeinde den Einung selbst durchsetzen könne, wenn sie dazu imstande sei, spricht nun auch für den Entgeltscharakter des herrschaftlichen Bußanteils⁹⁵. Dieser wird auch deutlich, wenn es heißt, der Herr soll die Einungsbußen «vmb den dritten pfennig inziehen»⁹⁶. Wenn gleichwohl viele Offnungen die Teilung der Bußen un-

⁸⁹ Diese Begründung hat offenbar *Fr. v. Wyß* Abhandlungen 45 f. im Auge gehabt. *U. Stutz* ZRG 25 (1904) 209: man lasse «die junge Gemeindegewalt gegen Bezug eines Teiles der Bußen die alte herrschaftliche ausüben».

⁹⁰ Bei *Fr. von Wyß* a. a. O. hängen die Herleitung des Einungsrechts und die Begründung der Bußenteilung in dieser Weise zusammen.

⁹¹ 1122 ZUB I 147 Z 9 f.; bestätigt 1124 ZUB I 151 Z 6 f.

⁹² GW IV 292 Art. 3 a. E.

⁹³ Das sagt die O. Birmensdorf RQ II 21 Art. 5: «wann der vogt hat kein rechtunge an dien büßen, dan die da genemmet sint».

⁹⁴ Vorn 91 N 71.

⁹⁵ Vorn 90 ff.

⁹⁶ O. Embrach 1543 und 1551 StAZ A 97.3 1543 p. 21; 1551 p. 29.

bedingt, ohne Beziehung darauf, ob die herrschaftliche Durchsetzung nötig ist oder nicht, hinstellen, so ist dies zwar noch kein Argument gegen den Entgeltscharakter des Bußanteils, wohl aber eines dafür, daß die herrschaftliche Zwangsgewalt für die Durchsetzung des Einungs regelmäßig benötigt wurde. Einer Leistung der Herrschaft — der Eintreibung der Buße für die Gemeinde — steht also eine Leistung der Gemeinde — die Beteiligung der Herrschaft an der Gemeindebuße — gegenüber: eine rechtliche Gestaltung, die dem mittelalterlichen Rechtsdenken zuinnerst entspricht.

II. Die materielle Ausgestaltung des Einungs

Was die materielle Gestaltung des Einungs angeht, wissen wir schon von seiner Beschränkung durch herrschaftliches Efadengebot und herrschaftlichen Holzbann, wissen auch von der Beschränkung auf die landwirtschaftlichen Gebote und Verbote ⁹⁷. Jetzt müssen wir dem positiven Inhalt näherkommen.

1. Bewirtschaftungs- und Bannbeschlüsse

Die Landwirtschaft in unserem Gebiet und zu der Zeit, aus der die Offnungen stammen, war durch die Dreizelgenwirtschaft ausgezeichnet. Nach «gemeinem bruch und nach zelgensrecht» wird eine Zelge mit Korn, die andere mit Hafer oder Roggen bebaut, während die dritte brachliegt ⁹⁸. Dieser Ordnung unterstehen alle in der Gemeinde liegenden Güter ⁹⁹. Die Reihenfolge der Bebauung ist gewohnheitsrechtlich festgelegt. Sie muß nicht von Jahr zu Jahr bestimmt werden. Aber die einzelnen Phasen der Bebauung bedürfen solcher alljährlicher Bestimmung. Die Gründe dafür, daß die Zelgen gemeinschaftlich bebaut werden müssen und daß für diese Bebauung Übereinkünfte getroffen werden müssen, liegen in den gegenseitigen Wegrechten und in der Weidgenossenschaft. Die Wegrechte werden in den Offnungen zumeist im einzelnen aufgezählt. Gleichwohl darf natürlich der Berechtigte nicht

⁹⁷ Vorn 60 ff.

⁹⁸ Vergleich Bachs 1595 RQ I 350 Z 6 ff.

⁹⁹ Für die Eigengüter stellt ein Spruch von 1491 das Gegenteil fest RQ I 210 Nr. 10; die Gemeinde jedoch hatte offenbar die Zelgenordnung als selbstverständlich geltend vorausgesetzt.

von seinem Wegrecht Gebrauch machen, wenn das dienstbare Stück Land voll hoher Frucht oder hohen Grases steht ¹⁰⁰. Daher wird die Zelge als ganze gebannt. Beim Heuen kommt in der Regel dem grundherrlichen Meier oder einem Genossen das Vormahdrecht zu; mit der Vormahd schafft er aber den Genossen Weg zu den Wiesen ¹⁰¹. Die Weidgenossenschaft bedeutet Gleichberechtigung. Von ein und demselben Zeitpunkt an, den die Gemeinde bestimmt, dürfen alle das Vieh auf die Weide treiben. Aus diesem Grunde müssen mehrere Gemeinden, wenn sie zueinander weidgenössig sind, einander verkünden, wann sie weiden wollen ¹⁰². Die nicht beweideten Wiesen aber müssen gegen Viehschaden geschützt werden.

Die Beschlüsse über den Beginn landwirtschaftlicher Arbeiten, über die Zeit des Weidens, über die Ausgabe des Holzes und den Holzschlag einerseits und die Beschlüsse über das Bannen der Zelgen, Weiden, Hölzer andererseits stehen daher, obwohl sie rechtlich verschiedenen Inhalt haben, in unlösbarem Zusammenhang. Das Gebot ist auf das Verbot eng bezogen. Der Beschluß der Gemeinde, es solle anfangs Mai mit dem Heuen begonnen werden, schließt das Verbot in sich, vorher zu heuen; bis zu dem bestimmten Tag sind die Wiesen gebannt ¹⁰³. Wenn auch oft der Bann in solchem Zusammenhang mit einem Bewirtschaftungsbeschluß ausgesprochen werden wird, so kann er doch selbständig beschlossen werden. Es wird «ein zelg oder andere ort . . . in ban geleit» ¹⁰⁴. Bewirtschaftungs- und Bannbeschluß können, obwohl aufeinander bezogen, doch zu verschiedenen Zeiten gefaßt werden. Man weiß schon viel früher, welche Zelgen gebannt werden müssen, weil sie geheuet werden sollen, als man genau weiß, wann sie geheuet werden können. Daher soll die Gemeinde Adlikon «die zelgen, so man schnyden will, verpannen und die nit uffthûn . . . , dann mit der meren hand» ¹⁰⁵. Der Bann wird hier für sich beschlossen; der Bewirtschaftungsbeschluß setzt zugleich dem Bann ein Ende. Bann und Bewirtschaftung sind im Sinne gegenseitiger Ausschließung aufeinander bezogen. Der Bann verbietet dem einzelnen Genossen, in einer Zelge zu arbeiten, sein Vieh auf eine Weide zu treiben, im Wald Holz zu schlagen oder Eicheln darin zu lesen, damit

¹⁰⁰ H. Wiefner Beiträge zur Geschichte des Dorfes und der Dorfgemeinde in Österreich 1946 37, 56.

¹⁰¹ Vorn 37 N 23.

¹⁰² Z. B. Adlikon 1608 RQ I 5 Z 3 ff.

¹⁰³ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 389 Art. 29/30; O. Örlikon GW I 74 Z 25 ff.; O. Ellikon a. d. Th. GW I 120 Abs. 7 für Eicheln.

¹⁰⁴ Andelfingen 1545 RQ I 538 32 ff.

¹⁰⁵ RQ I 11 Art. 26.

er sich nicht gegenüber den anderen Vorteile verschaffe; er gebietet, das Vieh so zu beaufsichtigen, daß es in den gebannten Zelgen, im gebannten Holz keinen Schaden tue: Er wahrt die Gleichheit der Genossen durch den Ausschluß jedes einzelnen. Der Bewirtschaftungsbeschluß wahrt dieselbe Gleichheit durch die Zulassung aller zur selben Zeit mit gleichem Recht. Übertritt ein Genosse das im Bann Gebotene, so schadet er der Gemeinde, verschafft sich ungerechtfertigte Vorteile. Kommt ein Genosse aber dem Bewirtschaftungsbeschluß nicht nach, so schadet er sich selbst; er verzichtet auf seinen Anteil an der Weide, wenn er sein Vieh nicht darauf treibt, auf seinen Teil am Holz, wenn er die ihm zugeteilten Stämme nicht schlägt.

Von da her müssen wir verstehen, daß der Einung im engeren und eigentlichen Sinne nur Bannbeschlüsse zum Inhalt hat. Die Buße, welche die Gemeinde setzt, steht auf Bruch des Banns, nicht auf Nichteinhaltung der Bewirtschaftungsbeschlüsse. «Welher aber e mäte, denn die gemeind überkâme, der sôlt den einung geben, der daruff gesetzt wurde», weil er den Bann über die Wiesen gebrochen hat. Wenn aber die Gemeinde beschließt, das dürre Heu einzuführen, so ist dieser Beschluß «dien unschädlich, die ir hōw nit gehōwet hand oder daz ir nit darab bringen mugent» ¹⁰⁶. Wer bloßen Bewirtschaftungsbeschlüssen nicht nachkommt, schuldet die Einungsbuße nicht. Die Dorfmeier sollen «ir zelg twingen und bannen, dz si nieman überschnid und ir weid sond si bannen und sond och ußlan nach der meren hand der gebursami» ¹⁰⁷. In diesem Satz wird der Unterschied zwischen Bannbeschluß und Bewirtschaftungsbeschluß deutlich; die Zelgen und die Weiden sollen gebannt werden, wie die Mehrheit beschließt; die Mehrheit soll auch über das Auslassen des Viehs beschließen; dies ist aber kein Bann. Wenn der schon gewohnheitsrechtliche Einung lautet, daß die Dorfwiesen «gen meyg gehōwet vnnd inggeführt werden» sollen und daß, «wer das mit dem minderen weren wölt», ein Pfund Haller zu Buß verfallen sei ¹⁰⁸, so ist mit dem «Wehren» nicht das Nichtheuen und Nichteinführen eines Genossen gemeint, sondern die Nichtbeachtung des Verbotes, vorher zu heuen, das Brechen des auf die Wiesen gesetzten Bannes. Die Öffnung Örlikon II nennt die Beschlüsse über das gemeinsame Weiden, über das Heuen ¹⁰⁹; das sind Bewirtschaftungsbeschlüsse; vom Bannen ist nicht die Rede. Daß es aber als selbstverständlich hinzugedacht werden muß, zeigt die zeitliche Be-

¹⁰⁶ O. Bassersdorf RQ I 389 Art. 30 und 31.

¹⁰⁷ O. Dietikon RQ II 362 Art. 31.

¹⁰⁸ O. Sünikon 1574 Schauberg B 2 325 Abs. 5.

¹⁰⁹ StAZ A 97.5 Art. 1, 10, 16.

schränkung des Weidbeschlusses: «doch nit länger dann bis zû mitten aprellen»; und diese Beschränkung erläutert die Öffnung I, wonach die «feissen wisen» Mitte April *gebannt* werden müssen ¹¹⁰, die Weide also nicht länger dauern kann.

In den seltenen Fällen, in denen der Gemeinde zusteht, über das Zäunen zu beschließen und darauf Bußen zu setzen, ist auch dies als Bann zu verstehen ¹¹¹. Ja, auch wo Öffnungen nicht ausdrückilich von dieser Zuständigkeit künden, müssen wir sie annehmen. Die Zäune sind nur Mittel, den Bann, der über die Güter gelegt wird, zu verwirklichen, das Vieh davon abzuhalten. Sie dienen dazu, die Güter zu frieden ¹¹². Daher hat die Gemeinde, stehe auch das allgemeine allhalbjährliche Efadengebot der Herrschaft zu ¹¹³, gleichwohl ein besonderes Zäungebot, ohne welches ihr Einungsrecht über Holz und Feld undurchführbar wäre ¹¹⁴. Wenn die Gemeinde zum Beispiel auf der Brachzelg einen Einfang machen will, so bedeutet das, daß sie Land einzäunt und dieses eingezäunte Land bannt ¹¹⁵. Umgekehrt bedeutet das Einzäunen der Wiesen, daß diese *gebannt* werden ¹¹⁶. Den Zäunen, welche die Dorfmark nach außen abgrenzen, welche die Einzelhöfe aus der Dorfmark ausschließen, den rechten Faden oder Efaden, welche regelmäßig die Herrschaft gebietet, stehen also die Bannzäune, die für die Zwecke der Bewirtschaftung errichteten und wieder abgebrochenen Zäune, die gewöhnlichen nicht «ewig» erhalten bleibenden Faden gegenüber, welche die Gemeinde mit dem wirtschaftlichen Bann gebietet.

Wenn die Gemeinde solchen Bann ausspricht, friedet sie ihre Güter.

¹¹⁰ GW I 74 Z 23 f.

¹¹¹ O. Obernhausen 1393 GW IV 303 Art. 6; O. Örlikon GW I 74 Z 17 f.

¹¹² Holz- und Brunnenordnung Adliswil 1571 RQ I 16 Art. 4: die angesäten Korn- und Haferzelgen werden von den Geschworenen besichtigt und «ingeschlagen»; nachher darf kein Vieh mehr darauf getrieben werden; mit dem Einzäunen verwirklicht sich der schon in der O. abstrakt aufgesetzte Bann. — Holzordnung Affoltern b. Z. 1559 RQ I 95 Art. 1: nach jedem Holzschlag soll man die geschlagene Stelle «ynschlachen und dermaßen schirmen und versächen, das dhein vech daryn kommen oder schaden darinn thûn möge, bis das jungholtz dem vech wol entwachsen sige».

¹¹³ Vorn 60 f.

¹¹⁴ H. Wiefner Beiträge 56 f.; v. Maurer Dorfverfassung II 92.

¹¹⁵ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Art. 63; O. Neftenbach GW I 78 Art. 34.

¹¹⁶ Die O. Örlikon II StAZ A 97.5 Art. 16 bestimmt, daß die «vsswissen» bis Ende April geweidet werden dürfen, «dann sol man die *inzünen*»; die O. Örlikon I GW I 74 Z 24 f. sagt stattdessen, die mageren Wiesen sollen Ende April *gebannt* werden.

Die Genossen setzen den Einung «vmb ir frid», «das du gût in frid liggen» ¹¹⁷. Nur deshalb ist das Einungsrecht der Gemeinde uns so interessant, weil es ein Bannrecht ist und weil sie damit über ein Friedungsgebot verfügt. Daß die Genossen sich über die Zeit der gemeinsamen landwirtschaftlichen Arbeiten unverbindlich verständigen, das allein würde wenig oder nichts bedeuten. Daß sie aber ihren Zelgen, ihrem Wald einen Bann auflegen und daß sie sich selbst auf Einhaltung dieses Bannes verpflichten, das macht das Einungsrecht zu einer Rechtsordnung. Die Tatsache, daß das Dorf selbst bannt, daß es mit diesem Bann selbst die Gleichheit in der Nutzung des Gemeinlandes und die Regelung der Zelgenwirtschaft gewährleistet, dieser materielle Inhalt des Einungs scheint die formellen Gehalte der Zuständigkeit und des Verfahrens bei weitem zu überwiegen. Nicht dadurch, daß die Nachbarn über gewisse gemeinsame landwirtschaftliche Arbeiten in einem bestimmten Verfahren übereinkommen, wird die Gemeinde zum eigenen Rechtskreis, sondern dadurch, daß sie mit dem Bann die entscheidenden Anliegen ihrer genossenschaftlichen Existenz: gleiche Berechtigung und gemeinsame Nutzung, selbst ins Recht umsetzt.

2. Die Beschränkung des Einungs auf des Dorfes Nutzen

Eine inhaltliche Beschränkung des Einungsrechts ist etwa damit gegeben, daß die Gemeinde nur bannen soll, «wass eins dorffs nutz vnd ehr ist» ¹¹⁸, oder «nach des dorffs nutz» ¹¹⁹, oder «dz der gebursami nutz mag sin» ¹²⁰. Wenn wir dem Einung als Bann soeben eine so große Bedeutung für die Gemeinde als Rechtsordnung beigemessen haben, so scheint diese Forderung, daß der Einung der Gemeinde nützen müsse, völlig überflüssig zu sein. Der Einung schlägt seines materiellen Gehaltes wegen immer zum Nutzen der Gemeinde, zu ihrem wirtschaftlichen Gedeihen und zu ihrer rechtlichen Verwirklichung aus. Dieser Klausel liegt aber ein anderer Gedanke zugrunde. Die Gemeinde als Wirtschaftsverband wird selbstredend auf ihren Nutzen sehen; sie wird aus ihrem Vermögen, dem Wirtschaftssubstrat, das Mögliche herauszuholen suchen. Dieser größtmögliche augenblickliche Nutzen kann aber die zukünftige

¹¹⁷ O. Meilen ca. 1400 StAZ A 97.4 Art. 19/20; O. Höngg 1338 Stutz RQ 13 Z 20 f: «umb iren frid und nutz»; O. Erlenbach 1510 Schauberg B 8 284 Art. 3: «guetter friden und bannen».

¹¹⁸ O. Werdegg 1473 StAZ A 97.7 Art. 23.

¹¹⁹ O. Oberglatt 1500 StAZ Urk. Stadt und Land Nr. 2977 Art. 4.

¹²⁰ O. Nöschikon ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 8.

Wirtschaft der Gemeinde untergraben. Der Gemeinde kann die Einsicht in vernünftiges Wirtschaften abgehen, oder sie kann dieser Einsicht zum Hohn dem größten gegenwärtigen Gewinn nachgehen. Wenn die Gemeinde zu des Dorfes Nutzen zu bannen angehalten wird, so ist die Rücksichtnahme auf die zukünftige Existenz gemeint.

Die Gemeinde kann sich selbst aus eigener Einsicht diese Beschränkung auferlegen. Nicht nur ist in der haushälterischen Solidität des Landmannes eine charakterliche, sondern im Mehrheitsprinzip auch eine rechtliche Gewähr für ihre Beachtung gegeben. Wenn nur einzelne ungesundes Wirtschaften anstreben, werden sie von der Mehrheit in die Schranken gewiesen. Wenn aber der Gemeinde im ganzen der gesunde Sinn verloren ginge, dann würde alle gewohnheitsrechtliche Selbstbeschränkung nichts nützen. Die wirtschaftliche Selbstverwaltung der Gemeinde birgt, weil sie rechtliche Selbstverwirklichung ist, die Gefahr wirtschaftlicher Selbstvernichtung in sich.

Doch die Gemeinde ist immer in einem höheren Rechtskreis aufgehoben. Die Beschränkung auf des Dorfes Nutzen kann eher denn eine Selbstbeschränkung eine herrschaftliche sein. Zugleich mit des Dorfes zukünftigem Nutzen wird auch das Interesse des Grundherrn gewahrt ¹²¹. Gewährleistet wird sein Interesse an gesunder Bewirtschaftung aber nur, wenn die rechtliche Zuständigkeit des Dorfes zum Einung beschränkt ist; die materielle Beschränkung des Einungs kommt ohne die formelle nicht aus. Beim Berufungsrecht der Minderheit an die Herrschaft nach den Offnungen Rümlang und Seebach ¹²² wird denn auch als Kriterium für den Entscheid der Äbtissin oder des Ammanns aufgestellt, was «dem Dorf» oder «lüten und guten» «nütz und gut ist». Nach der Offnung Nöschikon «sol dz beschehen mitt mines heren willen oder sines vogtes», wobei allerdings nicht ausgemacht ist, ob damit auf die Setzung oder auf die Durchsetzung oder auf beides Bezug genommen ist ¹²³. War aber die formelle Zuständigkeit nicht beschränkt, so dürfen wir für die Gemeinde unter Grundherrschaft doch annehmen, daß der Grundherr, riß in einer Gemeinde ungesundes Wirtschaften ein, über alle Zuständigkeit hinaus eingegriffen haben wird. Aus den Quellen tritt uns solche Maßlosigkeit erst aus der späteren Zeit der zürcherischen Obrigkeit entgegen. Die zahlreichen zürcherischen Holzordnungen zei-

¹²¹ O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 153 Z 32 f.: «was mynem herren von Ein-sydeln und dem dorff nutzlich und erlich ist».

¹²² Vorn 42 f. und N 59; O. Seebach ZSR 4 b 92 Abs. 3; O. Rümlang 15. Jh. GW IV 332 Z 15 f.

¹²³ S. N 120.

gen, wie bei zunehmender Bevölkerung im Dorf und bei abnehmenden Waldbeständen die Nutzung immer ungezügelter wird, wie «unangesähen des ufgesetzten einungs» die Gemeinde «gar unordenlich in den höltzern und wäldern gehuset», so daß dies «inen gemeincklich, rychen und armen . . . zû berlichem schaden reichen und dienen wurde»¹²⁴. Sie zeigen, «wellichermaßen die gmeind zû Äsch am Gryffensee in irem fronwald handlind, wie sy denselben wüstind und das holtz umb ein gering gelt daruß verkouffind, und das in kurtzem der wald gar verwüst werden möchte»¹²⁵. Die formelle Selbständigkeit der Gemeinde führt hier an die materielle Grenze des Einungs. Die materielle, in «des Dorfes Nutzen» formulierte Grenze wird zugleich zur Grenze der formellen Selbständigkeit; die Gemeinde selbst ersucht die Obrigkeit, ihr eine Holzordnung zu setzen¹²⁶, eine Ordnung, hinter der von allem Anfang an die obrigkeitliche Zwangsgewalt steht. Das Unvermögen der Gemeinde, die inhaltliche Forderung des Einungs zu erfüllen, zwingt sie zur Aufgabe ihrer formellen Selbständigkeit.

3. Die Voraussetzung des Bußfalls

Die Voraussetzung für das Verfallen in die Buße wird gewöhnlich als Brechen¹²⁷ oder Übertreten¹²⁸ des Einungs formuliert, etwa auch als Übersehen des Einungs¹²⁹. Wer den Einung bricht, übertritt oder übersieht, «der ist die büß verfallen»¹³⁰. Aber zuweilen wird die Voraussetzung als «Verschulden» formuliert: «wer denn den einung verschult»¹³¹. Obschon wir dieses «Verschulden» wohl einfach als ein «Schulden», das heißt als das Leistensollen der Buße zu verstehen haben, so können wir doch fragen, ob nicht bei der Anwendung des Einungs das

¹²⁴ Vergleich Affoltern a. A. 1563 RQ 78 Art. 4.

¹²⁵ Holzordnung Äsch am Greifensee 1567 RQ I 47 Z 6 ff.

¹²⁶ Z. B. Holz- und Brunnenordnung Adliswil 1571 RQ I 15 Abs. 1; Holzordnung Äsch a. A. 1556 RQ I 53 Abs. 1.

¹²⁷ O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 153 Z 35; O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Z 5 f.; O. Örlikon GW I 74 Z 28; O. Töb 1536 GW I 134 Abs. 4.

¹²⁸ O. Embrach 1551 StAZ A 97.3 p. 30 oben; O. Höngg 1338 Stutz RQ 13 Z 22.

¹²⁹ Dachsen 1511 RQ II 221 Z 27; O. Steinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52.

¹³⁰ O. Dietlikon-Rieden 1420 RQ II 396 Z 6.

¹³¹ O. Bassersdorf 14./15. Jh. RQ I 393 Z 11; O. Neftenbach GW I 78 Z 9; O. Rüschlikon/Rüfers ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15; O. Wallisellen 1528 StAZ A 97.7 Abschrift Art. 19; O. Wipkingen ZSR 4 b 196 Abs. 1.

Verschulden wenigstens im Sinne der Exkulpationsmöglichkeit eine Rolle gespielt habe.

Wenn auch im mittelalterlichen Strafrecht das Verschuldensprinzip nicht galt, so gab es doch auf jenem Gebiet, welches wir «Verwaltungsstrafrecht» nennen wollen, etwa die Möglichkeit der Exkulpation. Insbesondere gegenüber der Strafe auf Versäumung des Gerichts kann der Versäumende «ehaffte not» einwenden, «die inn billich schirmen»¹³². Doch selbst diese Möglichkeit wird stark eingeschränkt¹³³. Wie aber einer dem Verbot des Einungs gegenüber ehafte Not für dessen Übertretung hätte geltend machen können, ist nicht leicht einzusehen. Nur etwa für den Einungsbruch durch das Vieh ist ein Exkulpationsgrund denkbar, wenn es trotz ausreichender Beaufsichtigung im gebannten Bezirk Schaden angerichtet hat. Eine derartige Exkulpationsmöglichkeit nennt der Spruch zwischen den Gemeinden Benken einerseits, Uhwiesen und Dachsen andererseits. Wenn einem Bauern aus der einen Gemeinde Vieh entläuft und den Bann der andern bricht, so soll er den Einung nicht schulden, wenn er «hinach kâme und bi gûtem glouben und bidermans getúwen sagen möchte, das er das nit dahin getriben oder geschlagen hette und dahin úber sinen willen und ane sin wissen komen were»¹³⁴. Hier wird nicht ausdrücklich auf genügende Beaufsichtigung abgestellt, weil diese, d. h. ausreichende Einzäunung, wohl stillschweigend vorausgesetzt ist. Es reicht daher aus, daß das Vieh ohne Wissen und Willen des Bauern den Bann gebrochen hat. Nur der böswillige Bannbruch wird mit der Einungsbuße bestraft. Aber dies wird nicht für allgemein gültig genommen werden dürfen. Einmal gilt dieser Grundsatz hier im interkommunalen, nicht im innerkommunalen Verhältnis. Dann muß er aus den jahrzehntelangen Streitigkeiten dieser Gemeinden heraus verstanden werden. Endlich aber scheint in diesem Streitfall ein Grundsatz des ländlichen Schadenersatzrechts auf den Einung übertragen worden zu sein¹³⁵. Für Schaden durch ungetriebenes Vieh mußte weitherum kein Ersatz geleistet werden. Dieser Satz ist hier auf den Einung angewandt worden, vielleicht deshalb, weil der Einung im interkommunalen Verhältnis eher den Charakter eines Schadenersatzes zwischen Nachbarn als den einer Buße hat. Bei der internen Anwendung des Einungs aber wird zwischen Buße und Schadenersatz genau unterschieden. Wer den Einung

¹³² Z. B. O. Thalwil-Oberrieden-Langnau 1572 GW I 57 Z 11.

¹³³ O. Altstetten 1429 RQ I 270 Art. 6: wer «von siner not wegen» nicht erscheinen kann, soll seine Frau schicken.

¹³⁴ 1478 RQ I 448 Z 16 ff.

¹³⁵ H. *Rennfahrt* Grundzüge III 188 f.

schuldet, soll «den Schaden dazu ablegen» ¹³⁶. Der Schaden ist völlig unabhängig von der Buße zu ersetzen.

In aller Regel kommt es für den Bußfall also nur auf den objektiven Bruch des Einungs an; eine Exkulpation ist nicht möglich. Wer den Einung gebrochen hatte, war in die Buße «ohn gnad» ¹³⁷ verfallen.

4. Die Verwendung der Bußen

Wollen wir uns darüber ein Bild machen, wie die Einungsbußen verwendet wurden, sind wir fast ganz auf Vermutungen angewiesen. Nur zwei Offnungen deuten die Verwendung an. Der Gebursami zu Örlikon soll der Vogt helfen, die Bußen einzuziehen, «vnd sol öch daz danne mit uns ûzêren vnd nicht zerteillen noch mit im furen» ¹³⁸. Der Vogt soll die Bußen, die er einzieht, zusammen mit der ganzen Gemeinde vertrinken, soll sich nicht etwa einen Teil davon nehmen. Auch in Oberglatt steht den Zwingherren nur die Wahl offen, ihren Teil an der Buße entweder mit der Gemeinde zu «verzeren» oder ihn ihr zu lassen («oder inen schecken») ¹³⁹. An den Gemeindeversammlungen und — wenn der Herr wirklich dabei war — an den Gerichtsversammlungen wurden die Bußgelder vertrunken. Das war jedenfalls die anfängliche Verwendung, die gewiß zur Zeit der Offnungen noch an vielen Orten guter Brauch war. Wir können aber — das zeigen die angeführten beiden Stellen deutlich — nicht sagen, daß zu der Zeit, da die Bußen dem Trunk der Gemeinde dienten, die Gemeinde mehr Recht oder das ursprüngliche ganze Recht an der Buße gehabt habe, daß sich aber später die Herrschaft dieser Bußerträge zum Teil oder gänzlich bemächtigt habe ¹⁴⁰. Die Herrschaft hatte vielmehr immer einen bestimmten, durch das Nötigwerden ihrer Hilfe bedingten Anteil an der Buße; nur erhält sie ihn nach diesen Stellen nicht in bar, sondern in Naturalien, in der Beteiligung am Mahl der Gemeinde.

Von welchem Zeitpunkt an der Ertrag der Bußen zum Gemeindevermögen gelegt wurde, können wir nicht erkennen. Jedenfalls aber flossen zu der Zeit, in welcher vor allem dank der Einzugsfelder ein bewegliches Gemeindevermögen entstand, auch die Einungsbußen diesem

¹³⁶ O. Erlenbach 1510 Schauberg B 8 284 Z 12 f.; Holz- und Brunnenordnung Adliswil 1571 RQ I 16 Z 12 und 17 Z 4.

¹³⁷ O. Sünikon Schauberg B 2 325 Abs. 5. *H. Rennefahrt* Grundzüge III 76.

¹³⁸ GW I 74 Z 22 f.

¹³⁹ StAZ Urk. Stadt und Land Nr. 2977 Art. 8.

¹⁴⁰ G. L. von Maurer Markenverfassung 278 ff.

zu. Auch sie wurden dann, wie es von den Einzugsgeldern immer heißt, «zû einer gmeind nutz» angelegt ¹⁴¹.

Daneben gab es aber noch die andere ebenso wichtige Möglichkeit, daß die Bußen den Dorfbeamten zukamen. Mit ihrem wachsenden Recht zum Setzen des Einungs entwickelte sich ihr Recht auf die Bußgelder. Diese kamen dann ganz oder zum Teil den Dorfmeiern ¹⁴² oder dem Forster ¹⁴³ zu, den Beamten also, welche mit der Durchführung des Einungs beschwert waren.

5. Die Beendigung des Bannes

Der Einung ist ein Bann über die Flur für eine gewisse Zeit. Der Anfang dieses Zeitraumes wird durch die Setzung bestimmt; der Bann wirkt vom Tage der Setzung oder von einem genannten späteren Tage an. Wann endet er? Er wird regelmäßig nicht befristet sein. Dem Bannbeschluß, der den Anfang bestimmt, entspricht der Bewirtschaftungsbeschluß, der das Ende des Banns bringt ¹⁴⁴. Der Bann, den der herrschaftliche Meier zu Wiesendangen setzt, «sol öch nie lenger weren, denn uncz der keller schnidet und das erst korn in füret»; die Bewirtschaftung durch den herrschaftlichen Beamten setzt dem herrschaftlichen Bann ein Ende; von da an kann aber die Gemeinde für sich einen Bann setzen, den wiederum ihre Bewirtschaftung enden wird ¹⁴⁵. Wenn die Gemeinde Andelfingen eine Zelge «in ban geleit», so endet er, wenn sie «wiederum darin faren welten» ¹⁴⁶. Die Gemeinde Adlikon soll die gebannten Zelgen nur mit Mehrheit «uffthûn» ¹⁴⁷. Die Gemeinde Benken kann ihr Land, «wenn das in Nutz legi», bannen; «doch wenn das nit in nutz legi oder uff den bann der nutz davon kêm», so beanspruchen die Gemeinden Uhwiesen und Dachsen ein Weidrecht; mit der Nutzung endet der Bann ¹⁴⁸. Ja, in einem der Sprüche um die Streitigkeiten dieser Gemeinden ist auch davon die Rede, daß der Bann «halb uß» sein kann ¹⁴⁹. In dem Maß, in dem die Bewirtschaftung fortschreitet, kann der Bann gemindert werden.

¹⁴¹ Z. B. RQ I 4 Z 9. H. Rennfahrt Grundzüge I 191, II 110 vermutet, die Bußen hätten die Bildung eines Rechnungswesens veranlaßt.

¹⁴² O. Dietikon ca. 1560 RQ II 389 Art. 41/42.

¹⁴³ O. Rümlang 1503 Schauberg B 4 146 Art. 18; O. Töß 1536 GW I 134 Abs. 4.

¹⁴⁴ Vorn 97.

¹⁴⁵ O. 14. Jh. GW IV 277 Art. 3 a. E.

¹⁴⁶ Vergleich 1545 RQ I 538 Z 31 ff.

¹⁴⁷ RQ I 11 Art. 26.

¹⁴⁸ 1477 RQ I 446 Z 34 ff. und 447 Z 16 ff.

¹⁴⁹ 1474 RQ I 443 Z 24 ff.

4. Kapitel

Die Geschichte des Einungs

Wir sind dem Einung in den Rechtsquellen nachgegangen, haben seinen Begriff umgrenzt und haben seine Ausgestaltung als Rechtsinstitut untersucht. Wir wissen, wo und in welchem Zusammenhang er quellenmäßig auftritt. Doch wir kennen seine Geschichte noch nicht.

Diese Geschichte zu schreiben, ist nicht leicht. Der Einung tritt uns nur aus recht späten Rechtsquellen entgegen, nur aus den wenigen Jahrhunderten, aus denen wir Offnungen haben. Vorher haben wir, wie über das Gemeindeleben überhaupt nur wenige, so über den Einung gar keine Nachrichten. In dieser Epoche der Quellen können wir wohl Veränderungen wahrnehmen; für die Herkunft des Einungs aber werden wir auf Schlüsse und Vermutungen allein angewiesen sein.

I. Die Herkunft des Einungs

Über die Herkunft des Einungsrechts bestehen im wesentlichen zwei Auffassungen. Nach der einen gehört es der ursprünglichen Markgenossenschaft an und ist durch die Herrschaftsbildung beschränkt worden. Nach der andern ist es aus dem hoheitlichen Zwing und Bann abgeleitet worden¹. Diese zweite Auffassung läßt offen, ob die vorherrschaftliche Markgenossenschaft — wenn man eine solche anerkennen will — schon ein Institut gekannt habe, das dem Einung ähnlich gewesen wäre, z. B.

¹ Vgl. die Wiedergabe der verschiedenen Auffassungen in der Einleitung, zusammenfassend 29. Für markgenossenschaftlichen Ursprung: *G. L. v. Maurer*, *K. Lamprecht*, *G. Goetz*, *K. Weimann*; Ursprung aus Zwing und Bann: *F. v. Wyß*, *P. Schweizer*, *H. Wießner*, *H. Rennefahrt*; zwischen beiden Meinungen steht *V. Ernst*, der den materiellen Inhalt des Einungs als Kern von Zwing und Bann erklärt, Zwing und Bann aber der ursprünglichen Sippensiedlung zuschreibt; *K. S. Bader* andererseits erklärt den Einung als das Ursprüngliche, dessen Ausfluß Zwing und Bann sei; nach *U. Stutz* endlich ist der Einung von Zwing und Bann im Wesen verschieden.

mehrheitliche Wirtschaftsbeschlüsse ². Unsere Aufgabe ist es, ohne Rücksicht auf diese Meinungen die Quellen zu befragen.

Die Quellen geben für die Herkunft des Einungs aus Zwing und Bann manche Handhabe. Der Einung ist nach ihnen in Zwing und Bann inbegriffen ³. Zuweilen verweisen die Offnungen auch selbst für die Herkunft ausdrücklich auf die herrschaftliche Verleihung ⁴. Die an einzelnen Orten bestehende subsidiäre Zuständigkeit des Herrn wie auch das Berufungsrecht der Minderheit an den Herrn legen in gleicher Weise nahe, daß diese Gestaltungen ihren Grund in einer früheren alleinigen Zuständigkeit des Herrn haben ⁵. Und wenn dann die Entwicklung des Einungsrechts in der Epoche der Offnungen viele Züge zeigen wird, die auf eine Zunahme der Selbständigkeit der Gemeinde hin tendieren ⁶, so ergibt sich, wenn wir diese Entwicklungsrichtung geradlinig rückwärts fortsetzen, daß die Gemeinde vorher in bezug auf den Einung noch unselbständiger, vielleicht völlig der herrschaftlichen Ordnung unterstellt war. Aus allen diesen Gründen ist die Annahme gerechtfertigt, der Einung sei ein der Gemeinde von der Herrschaft eingeräumtes Recht. Diese Auffassung war jedenfalls im Mittelalter selbst lebendig.

Dem Wortlaut der Offnungen gegenüber ist die Forschung freilich mißtrauisch geworden. So könnte gerade die direkte Aussage, das Einungsrecht sei vom Grundherrschaft verliehen worden, wenn wir in ihr nur eine Behauptung der zwing- und bannherrlichen Oberherrschaft sehen müßten, im Gegenteil bedeuten, daß die Herrschaft sich über ein uraltes Recht der Gemeinde auf solche Weise eine Hoheit anmaßt. Auf der andern Seite aber werden wir die soeben erwogene Herkunft des Einungs aus dem herrschaftlichen Rechte nicht schon deshalb zurückweisen, weil das Recht zum Einung *«altes Herkommen»* der Gemeinde genannt wird⁷. Das bedeutet zunächst ja nur, daß es sich um ein Gewohnheitsrecht handle, wobei aber gar nicht ausgemacht ist, ob dieses Gewohnheitsrecht

² Vgl. F. v. Wyß Abhandlungen 18. Zweifellos waren nach seiner Auffassung diese «Anordnungen», «die auf der Übereinkunft der Genossen beruhten», vom Einung, der aus Zwing und Bann stammt (46), verschieden. Vgl. hinten 114.

³ Vorn 46 ff.

⁴ Marthalen Schauberg Z 154 Z 1: «von den ainungen ist denen von Martellen gelichen von ainem abbt . . .»; O. Rheinau 1464 Schauberg Z 152 Art. 24: «das hand sy von tugenden und von gnaden von ainem abbt und von aim gotzhus», dazu vorn 21 N 6.

⁵ Vorn 79 f.

⁶ Hinten 119 ff.

⁷ Dachsen 1511 RQ II 221 Z 25; O. Dübendorf RQ II 451 Z 31 und 34.

wirklich hohen Alters sei ⁸. Vielmehr könnten die Genossen gerade dann veranlaßt sein, ein altes Herkommen zu betonen, wenn sie ihres Rechts nicht allzu sicher sind, sei es weil es noch wenig gefestigt, sei es weil es durch Überhandnehmen der herrschaftlichen Macht gefährdet ist. Doch wo für den Einung auf solches Herkommen hingewiesen wird — es geschieht nicht häufig — hat dies zumeist die Funktion eines Hinweises auf das vollere, allen bekannte Gewohnheitsrecht, von welchem in der Offnung nur ein Bruchstück erscheint, das gleichsam als Chiffre für das ganze ungeschriebene Recht steht. Der Bann soll so gemacht werden, «als das von alter gewesen ist», «wie von alter harkommen und gebrucht ist» ⁹, die Gemeinde hat «nach altem Harkhomen» ¹⁰ zu gebieten. Deutlich wird diese Funktion, wenn es in der Offnung Rüsclikon/Rüfers heißt: «si sond och den einung machen als vntz her sitt vnd gewonlich ist»; und an diesen umfassenden Inhalt des Gewohnheitsrechts wird auch die subsidiäre Zuständigkeit des Grundherrn gebunden ¹¹. — Sehr schön erhellt übrigens der Hofrodel Wädenswil 1409 diese ganz und gar technische Funktion des «alten Herkommens». Die Herrschaft ist zuständig, ihre Hölzer und Güter zu verbannen «als von Alter Harkomen ist und hienach auch geleutert wirt». Einige Artikel weiter unten folgt dann die Erläuterung: Der Gewohnheitsrecht gewordene Bann wird in die Offnung aufgenommen ¹².

Wird statt des alten Herkommens einfach das «Recht», die «Gewalt» der Gemeinde zum Einung angerufen, so ist damit über die Herkunft erst recht nichts ausgesagt. Das bedeutet, daß die Gemeinde «dye fryheit und gerachtykeyt» ¹³ habe; aber diese Freiheit gegenüber der Herrschaft kann ebensowohl in herrschaftlicher Einräumung wie in einer Aussparung des herrschaftlichen Rechtskomplexes für uraltes Dorfrecht begründet sein. Wir wollen aber auch bemerken, daß es sich oft um des «Hofes» Recht handelt, noch nicht um das der «Gemeinde» ¹⁴. Der Hof ist der herrschaftliche Verband. Daß es ein herrschaftlicher Verband ist, dem die Selbständigkeit zukommt, erhebt diese Selbständigkeit erst zu ihrer vollen Bedeutung.

⁸ Vgl. E. Patzelt Entstehung und Charakter der Weistümer in Österreich 1924 34 ff., 70 ff.; H. Baltl MIOG 59 (1951) 407.

⁹ S. Zitate N 7.

¹⁰ O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 93 Art. 11.

¹¹ Ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15.

¹² ZSR 4 b 95 Abs. 2, 96 Abs. 1.

¹³ O. Dielsdorf 1556—62 RQ II 335 Art. 51.

¹⁴ O. Bäretswil 1475 RQ I 362 Art. 42; O. Brütten 14./15. Jh. RQ II 153 Z 31; O. Örlikon GW I 74 Z 25.

Es ist gewiß, daß das Einungsrecht des Hofverbandes älter ist als die ältesten Zeugnisse davon. Das heißt aber noch nicht, daß wir in ihm das Fortwirken eines Instituts der alten Markgenossenschaft zu sehen berechtigt sind. Wir nehmen an, daß das Bannen der Wälder und der Flur schon etliche Zeit vor den ersten Öffnungen wirtschaftlich nötig geworden sei; das heißt aber nicht, daß wir es der ältesten Markgenossenschaft zuschreiben wollten. Wirtschaftlich dient der Bann im wesentlichen dazu, alle an der Nutzung des Gemeinlandes gleich zu beteiligen, und dazu, den Flurzwang durchzuführen. Ob der Flurzwang aber die alte Gemeinlandverfassung gekennzeichnet habe — diese Frage wird heute verneint¹⁵. Für die nicht-grundherrliche Siedlung kann in St. Galler Urkunden weder die Dreifelderwirtschaft noch die Zelgeneinteilung nachgewiesen werden¹⁶. Damit entfallen aber die schlüssigen Hinweise auf gemeinsame Bewirtschaftung und auf die Notwendigkeit eines Wirtschaftsbannes. War Gemeinland zu aller Genüge da, so wurde die Regelung gleichmäßig verteilter Nutzung nicht dringend. Die frühere Markgenossenschaft kann daher sehr wohl ohne eigentlichen Wirtschaftsbann ausgekommen sein. In diesem Augenblick erhält dann auch die von *K. H. Ganahl* aus St. Galler Urkunden gewonnene Vermutung hohe Wahrscheinlichkeit, «daß die Grundherrschaft in der Ordnung der Weidnutzung, in der Regelung ihrer Ausübung führend war», weil sie solche Ordnungen «kraft persönlicher Gewalt und wirtschaftlicher Überlegenheit» durchsetzen konnte¹⁷. Die gemeinsame Beweidung des Gemeinlandes, die gemeinsame Nutzung der Feldflur und damit die Bannung eines jeden von beiden wäre demnach durch die Grundherrschaft geordnet worden. In den früher noch freien Siedlungen hingegen wäre solche Ordnung, obschon sie im Laufe der Zeit und mit Erschöpfung des ungenutzten Landes in der Mark dringend geworden wäre, vielleicht angestrebt worden; doch es hätte hier an der Macht gefehlt, die Ordnung durchzusetzen. Die Ordnungsgewalt des Herrn aber äußerte sich in Zwing und Bann.

Die Frage nach der Herkunft des Einungs leitet so zur Frage nach der Herkunft von Zwing und Bann, wie sich überhaupt gezeigt hat, daß der Einungsbegriff in Zwing und Bann enthalten ist. Diese Frage nach der Herkunft von Zwing und Bann wird weiterhin durch keine zweifel-

¹⁵ *K. S. Bader* Ländliches Wegerecht im Mittelalter ZGO N.F. 49 (1936) 383, 412.

¹⁶ *K. H. Ganahl* Über die Mark in den älteren St. Galler Urkunden ZRG 60 (1940) 249.

¹⁷ a. a. O. 246.

lose Antwort erledigt werden ¹⁸. Einiges aber darf als gesichert gelten, so etwa die Scheidung der Niedergerichtsbarkeit von Zwing und Bann. Wie oft auch beide Gewalten in der gleichen Hand vereinigt seien, Zwing und Bann ist doch begrifflich von der Niedergerichtsbarkeit zu unterscheiden; er ist es aber vor allem im Blick auf seine Herkunft ¹⁹. Zwing und Bann begreift in sich nach der grundlegenden Umschreibung, die *Friedrich von Wyß* gegeben hat, den Erlaß und die Durchsetzung der landwirtschaftlichen Gebote und Verbote sowie die Gewerbebannrechte ²⁰. Dieser Definition wurde vorgeworfen, daß sie den Kern des Begriffs, das eigentliche Bannen der Fluren, zu wenig heraushebe ²¹. Dieses ist aber vielmehr der wesentliche Inhalt des Einungs, und Zwing und Bann kennzeichnet sich gerade dadurch, daß er umfassender ist, daß er ganz allgemein Gebot und Verbot zum Inhalt hat. Und selbst wenn anfänglich der Einung als Flurbann ganz in Zwing und Bann enthalten war, wenn er ein und derselben Gewalt in der Gemeinde zukam, so ist doch nicht ausgemacht, daß das Bannen der Flur der Kern in diesem Inbegriff von Rechten war. Gewiß, von der Wirtschaft des Dorfes her betrachtet erscheint dieses als das wichtigste ²². Aber der Inhalt des Zwing- und Bannrechts kann andererseits dazu führen, das Recht der Gerichtsladung und das Recht auf den Anteil an den Strafgeldern, also die Gerichtsherrschaft ohne eine bestimmte Gerichtsbarkeit als Hauptsache anzusehen ²³.

Für die Herkunft von Zwing und Bann hat man es von jeher als entscheidend gewertet, daß einem der Begriff als einheitliche Ortsherrschaft über die verschiedenen Stände der Bevölkerung aus den Quellen entgegentritt und daß der Begriff erst in der Zeit auftaucht, in welcher die alte Centgerichtsverfassung durch die Dorfgerichtsbarkeit abgelöst ist ²⁴. Auch darin entspricht der Einung dem Begriff Zwing und Bann, daß er

¹⁸ Einen Überblick über die verschiedenen Auffassungen gibt *U. Stutz* Zur Herkunft von Zwing und Bann ZRG 57 (1937) 289 ff.

¹⁹ *F. v. Wyß* Abhandlungen 34; *U. Stutz* ZRG 25 (1904) 207 und 209 f. und ZRG 57 (1937) 352 f.; *H. Rennefahrt* SBAG 10 (1952) 73.

²⁰ Abhandlungen 33.

²¹ *V. Ernst* Die Entstehung des deutschen Grundeigentums 1926 50.

²² *V. Ernst* Grundeigentum 35, 43.

²³ *H. Glitsch* Untersuchungen zur mittelalterlichen Vogtgerichtsbarkeit 1912 20 f.

²⁴ *Fr. von Wyß* Abhandlungen 33; *H. Glitsch* Vogtgerichtsbarkeit 15; *H. Wießner* Zwing und Bann 38, 49 spricht von einer «Verdorfung» des alten Centenargerichts; *H. Rennefahrt* SBAG 10 (1952) 50: die Buße des Zentenars erscheint später in der Zuständigkeit des Grundherrn.

in einem abgerundeten Ortsbezirk Geltung hat²⁵. Für die Entstehung dieser engen, dörflichen Herrschaftsbezirke hat man bisher immer eine Verleihung oder Übertragung der Banngewalt angenommen, wobei nur fraglich ist, was Inhalt dieser Banngewalt war²⁶. Und wenn auch ursprünglich und grundsätzlich eine solche Verleihung vorauszusetzen ist, so ist doch immer möglich, daß in Nachahmung der durch Verleihung geschaffenen Ortsbezirke an manchen Orten der mächtigste Herr ähnliche Rechte sich anmaßte und sie behaupten konnte²⁷. Sodann erkannte man in Zwing und Bann zumeist öffentliche Gewalt, welche einem geistlichen oder weltlichen Herrn zustand; «öffentliche Gewalt» bedeutet dabei wesentlich hoheitliche Gewalt, herkunftsmäßig will das aber bei den meisten Autoren heißen, daß es sich um Gewalt handelt, welche vorher dem öffentlichen Richter oder einem anderen Hoheitsträger zugestanden

²⁵ Vorn 69 f.

²⁶ G. Seeliger Die soziale und politische Bedeutung der Grundherrschaft im früheren Mittelalter 1904 117 f. sieht die Bannbezirksbildung als «Fortsetzung der Immunitätsentwicklung» an; Inhalt des Bannes ist vornehmlich der Besitz der fiskalischen Gerichtsgefälle und die zwingende Gerichtsgewalt. Dieses wird bei H. Glitsch Vogtgerichtsbarkeit 16 ff. ausgeführt: Bann meint die «eigentlich dem König gebührenden $\frac{2}{3}$ der Friedensgelder», während Zwing den Gerichtszwang in einem bestimmten Gebiet bedeutet. H. von Voltelini Immunität, grund- und leibherrliche Gerichtsbarkeit im Südtirol ArchöG 94 (1907) 421 f. denkt sich diese Banngewalten «in Nachahmung der öffentlichen Gerichtsverfassung ausgebildet» oder «auch wohl den Grundbesitzern ausdrücklich verliehen»; auch er erkennt im Bann «jene Abgabe, die an den Richter durch die unterliegende Partei gezahlt werden muß ..., das alte Fredus, das Gewette ...». Diese Umschreibungen von Seeliger, Glitsch und Voltelini wandten sich stillschweigend oder ausdrücklich gegen die erste Umschreibung von Fr. von Wyß Abhandlungen 34, wonach Zwing und Bann die Zuständigkeit enthalte, in den wirtschaftlichen Belangen des Dorfes bei Strafe zu gebieten und zu verbieten; nach ihm kann Zwing und Bann aus Grund- und Leibherrschaft oder aus weltlicher niederer Vogtei erwachsen sein, 35 f. und 40 f. Diesen wirtschaftlichen Inhalt hatte U. Stutz ZRG 25 (1904) 208 übernommen; auf ihn legte V. Ernst Grundeigentum 43 das ganze Gewicht. U. Stutz ZRG 57 (1937) 333 ff. hat zuletzt auf das Zwangs- und Bannpfarrecht als auf einen Vorgänger oder doch eine Parallele zur Entstehung von Zwing und Bann hingewiesen; dieses Recht entstammt dem Bischofsbann. Nach H. Rennefahrt SBAG 10 (1952) 46 ff. ist Zwing und Bann nichts anderes als das Recht des Grundherrn, seinen Eigenleuten, seinen Hörigen und seinen freien Vogt- und Zinsleuten zu befehlen; der Inhalt bestimmt sich «durch Rang und Personenstand des Herrn und zweitens durch den Grad der Abhängigkeit der Leute» (86); daher mußte die Zwing- und Banngewalt weder verliehen noch usurpiert werden; Hauptargument: Lex Alam. 37 II Satz 1.

²⁷ U. Stutz ZRG 57 (1937) 353.

hat ²⁸. In diesen Dingen kommen sich die verschiedenen Auffassungen doch recht nahe. Falsch wäre nur, den Begriff auf einen einzigen Aspekt einengen zu wollen. Zwing und Bann umfaßt Gerichtszwang und Friedensgeld sowohl wie auch landwirtschaftliches Gebot und Verbot. Wahrscheinlich ist, daß diese Gewalt von Anfang an herrschaftlich war, daß sie den Dorfbezirk von Anfang an einer heteronomen Hoheit unterstellte und daß sie also nicht in den zum Teil noch freien Siedlungen der Urzeit ausgebildet, dann aber von der sich bildenden Herrschaft übernommen wurde, in deren Händen wir sie in den Quellen einzig sehen ²⁹.

Aus dieser herrschaftlichen Zwing- und Banngewalt, müssen wir annehmen, stammt der Einung als der Teil, zu dem die Dorfgenossenschaft die engste Beziehung hatte, als der Teil auch, zu dessen Ausübung die Genossenschaft die geeignetste, die berufenste Instanz war. Der Einung als die der Gemeinde zustehende Banngewalt ist damit im Verhältnis zu Zwing und Bann jünger ³⁰. Gegenüber einer Zeit, in der Zwing und Bann als eine ungeteilte Gewalt dem Herrn zustand, zeigt die Zeit des Einungs einen differenzierteren Stand der Entwicklung. Herrschaft und Gemeinde teilen sich in die Ausübung der Zwangs- und Banngewalt, wobei es für das Maß der Zuständigkeiten auf das «konkrete Kräfteverhältnis» ankommt ³¹.

Stammt das Einungsrecht aus einer umfassenden herrschaftlichen Zwing- und Banngewalt, so liegt es nahe, für seine Ausscheidung und seinen Übergang auf die Dorfgenossenschaft an Verleihung ³², an Kon-

²⁸ *Fr. von Wyß* Abhandlungen 33; *U. Stutz* ZRG 25 (1904) 209 scheidet den herrschaftlichen Zwing und Bann von den Zuständigkeiten der Gemeinde; *ders.* ZRG 57 (1937) 354: zu Grundherrschaft, Vogtei und Markgenossenschaft mußte noch etwas hinzukommen: «der obrigkeitliche Bann». Nach *H. von Veltelin* a. a. O. 422 sind Zwing und Bann «jedenfalls öffentlich-rechtlichen Ursprungs, haben sich im Landgericht gehalten und im Hofgericht in Analogie zur öffentlichen Bann- und Gerichtsgewalt ausgebildet». *H. Glitsch* Vogtgerichtsbarkeit 21 sieht in dem mit Zwing und Bann Ausgestatteten den Gerichtsherrn. Auch für *V. Ernst* Grundeigentum 39 ist Zwing und Bann eine hoheitliche Gewalt; allein als Träger sieht er vor allem die Gemeinde, 44 ff. *A. Gasser* Entstehung und Ausbildung der Landeshoheit 1930 90. Nach der Ableitung, die *H. Rennfahrt* vorschlägt (N 26), könnte hingegen Zwing und Bann wenigstens entstehungsmäßig nicht als hoheitliche Gewalt betrachtet werden.

²⁹ Wir können damit der zwischen *Fr. von Wyß* und *V. Ernst* vermittelnden Ansicht *K. S. Baders* Über Herkunft und Bedeutung von Zwing und Bann ZGO N.F. 50 (1937) 635 ff. wenigstens für den Ursprung nicht beitreten.

³⁰ *U. Stutz* ZRG 25 (1904) 209.

³¹ *K. S. Bader* ZGO 50 (1937) 635.

³² *Vorn* 107 N 4.

zession³³ von Seiten des Herrn zu denken. Doch viel wahrscheinlicher als die Begründung durch solchen Rechtsakt ist, daß schon sehr bald nach der Bildung des Zwing- und Bannbezirks die Dorfgenossenschaft bei jenen Rechtshandlungen des Zwing- und Bannherrs, welche sie zunächst betrafen, ein gewichtiges Wort mitreden wollte, daß sie also sehr bald für das Bannen der Fluren den Anstoß gab und die Zeitpunkte festsetzte³⁴. Dem Herrn konnte es recht sein, wenn die Gebursami sich ihrer Wirtschaft selbst annahm, solange er nur die Gewißheit hatte, daß, was sie in ihrem Interesse unternahm, dem seinen nicht zuwiderlaufe³⁵. Nicht in eigentlicher Übertragung oder Verleihung würden wir den Vorgang der Differenzierung des Einungs aus Zwing und Bann heraus sehen³⁶, sondern im wirkenden Spiel der wirtschaftlichen und sozialen Kräfte innerhalb der einzelnen Gemeinde³⁷. Der Einung als Bann der Gemeinde ist nur ein Element, das im Laufe der Differenzierung von Zwing und Bann besonders hervortritt. Andere Elemente sind zum Beispiel die Zuständigkeit der Dorfmeier zur Durchführung herrschaftlicher Gebote, aber auch ihre selbständige Schiedgerichtsbarkeit im Dorf³⁸. Obschon die enge Verbindung von Einung und Zwing und Bann aus den späteren Offnungen noch hervorgeht, die Differenzierung war doch schon soweit gediehen, daß in einem Schiedsspruch über Weidgang der Gemeinden Uhwiesen, Dachsen und Benken, der auch die Einungen der Gemeinden gegeneinander abgrenzte, Zwing und Bann als Inbegriff der herrschaftlichen Rechte vorbehalten wurde, die Ordnung des Spruches aber nur

³³ *Fr. von Wyß* Abhandlungen 46.

³⁴ *H. Wießner* Beiträge 67 sagt nun, daß bei Auflösung der Eigenwirtschaft durch den Grundherrschaften «die urbarrechtlichen Fälle, also auch die Flurgerichtsbarkeit folgerichtig auf die Gemeinschaft der Dorfbewohner» übergegangen seien und daß von daher die beschränkte Zwing- und Banngewalt der Dorfgemeinde stamme, welche die Offnungen bezeugen.

³⁵ In diesem Sinn kann man auch mit *H. Wießner* Sachinhalt 280 von «stillschweigender Duldung dem Werden eines Rechtskreises gegenüber, der seinen (des Herrn) Rechten vorerst keinen Abbruch tut», reden, nicht aber von «Gnade des Herrn».

³⁶ Die Offnungssätze über den Einung delegieren diesen nicht; das Einungsrecht wird nicht durch Delegation in der Offnung begründet; die Offnung gibt nur die bestehende Zuständigkeitsordnung kund, vorn 37 f.

³⁷ *K. S. Bader* ZGO N.F. 50 (1937) 632 hält gegen *von Wyß* das «Kräfteverhältnis» für entscheidend.

³⁸ *U. Stutz* ZRG 25 (1904) 209 läßt diese Zuständigkeiten «auf anderer Grundlage» als auf Zwing und Bann sich aufbauen; sie seien «eine Folge der ländlichen Einung». Nach der im Text vertretenen Auffassung sind aber der Einung sowohl wie die Zuständigkeiten der Dorfbeamten ursprünglich im umfassenden Zwing und Bann begriffen.

für Wunn und Weid gelten sollte³⁹. Trotzdem wird man daraus nicht ableiten wollen, daß der Einung älter als Zwing und Bann, nämlich so alt wie Wunn und Weid sei. Der Einung hat nicht Nutzung zum Inhalt; er ordnet sie vielmehr als ein Bann.

Gerade weil es die wirtschaftlichen und politischen Kräfte innerhalb des Dorfes waren, welche das Heraustreten des Einungs aus Zwing und Bann bewirkten, ist der Zeitpunkt dieses Vorganges kaum zu bestimmen. Die ersten Offnungen unseres Gebiets stammen etwa aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts⁴⁰. Das Einungsrecht muß also erheblich älter sein. Zwing und Bann seinerseits erscheint vom 10. und 11. Jahrhundert an in den Quellen⁴¹. Wenn wir sehen, wie selbstverständlich der Einung in den ersten Offnungen erwähnt wird, und wenn wir uns denken, daß die Differenzierung sehr bald nach der Bildung von Zwing und Bann einsetzte, so werden wir wohl annehmen dürfen, der Einung habe sich schon im 12. Jahrhundert völlig ausgeprägt gehabt⁴². Von dieser Zeit an handhabt die Gemeinde selbst den Bann.

Mit dieser Auffassung über die Herkunft des Einungs der Gemeinde haben wir über die rechtlichen Zustände in den ländlichen Siedlungen vor der Herrschaftsbildung — sofern und soweit wir eine solche ursprünglich freie Siedlung erkennen können — nichts ausgesagt. Die neueren Erkenntnisse über Flurzwang und Dreifelderwirtschaft nötigen uns nicht mehr, schon in ältester Zeit gemeinsame Flurordnung anzunehmen⁴³. Ob daher tatsächlich der Einung einen *Wiederbeginn* dörflicher Selbständigkeit nach einer Epoche, in welcher die Herrschaft alle Ordnungsbefugnis an sich gerissen hatte, darstellt⁴⁴, ob er nur uralte Dorfgewohnheit, die sich unter aller Herrschaftsbildung und trotz ihr lebendig erhalten hatte, in ein neues rechtliches Gewand — das des Banns — kleidet⁴⁵, oder ob endlich der Einung der erste Beginn selbständiger Dorfordnung sei, der sich aus der vorausgehenden herrschaftlichen Ordnungs-

³⁹ 1474 RQ I 443 Z 27 ff.

⁴⁰ O. Albrisrieden *vor 1346* RQ I 110 ff.; O. Fluntern *vor 1346* GW IV 323 ff.; O. Höngg *Mai 1338* Stutz RQ 4 ff.

⁴¹ Fr. von Wyß *Abhandlungen* 33 f.

⁴² H. Wießner *Twing und Bann* 54 f. nimmt an, die Dorfgemeinde erhalte vom 13. Jh. an «Mitbestimmungsrechte».

⁴³ Vorn 109 bei N 15 und 16.

⁴⁴ Fr. von Wyß *Abhandlungen* 44 ff.; H. Steinemann *Geschichte der Dorfverfassungen im Kanton Zürich* 1932 50, 55.

⁴⁵ Aus V. Ernsts allgemeiner Auffassung von Zwing und Bann müßte das gefolgert werden. G. Bütikofer *Die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden* 1950 21 f.

gewalt, welche die Rechtsordnung des Dorfes überhaupt begründet hätte, herausbildet, dies zu entscheiden, fehlen wohl überhaupt genügende urkundliche Anhaltspunkte. Man kann sich denken, daß einzelne formelle Elemente des Einungs — so vielleicht der Mehrheitsbeschluß — schon vor der Herrschaftsbildung vorhanden waren ⁴⁶, wie ja solche Elemente sich auch mit anderen Instituten des Dorfes — etwa mit der Wahl der Beamten — verbinden. Der Einung als ein Bann aber setzt geschichtlich Zwing und Bann voraus. Er kann sich nur von Zwing und Bann her entwickelt haben. Es fragt sich nun, welche Bedeutung diese Entwicklung für die Gemeinde habe.

II. Die Bedeutung des Einungs für die Rechtsnatur der Gemeinde

Wir müssen an dieser Stelle zwei Fragen beantworten. Erstens: Kann der Einung uns zur Beantwortung der umfassenderen Frage, ob und wann die Dorfgenossenschaft zur Körperschaft wurde, einen Hinweis geben? Zweitens: Ist die Gemeinde, welche den Einung setzt, im Besitze hoheitlicher Gewalt, eines Imperiums, oder wird sie nur privatrechtlich tätig?

Wir haben gesehen, daß die Mehrheit über den Einung beschließt, daß aber für die Minderheit die Folgepflicht gilt und daß auf diese Weise das Zustandekommen eines einhelligen Genossenschaftswillens gesichert ist. Vielleicht hat die Folgepflicht sich im Laufe der Zeit sogar zum Mehrheitsprinzip entwickelt ⁴⁷. Die Geltung der Folgepflicht kann nun ihrem Wesen nach nicht zur Annahme führen, daß die Dorfgenossenschaft sich zur Korporation entwickelt habe. Das Mehrheitsprinzip hingegen, demgemäß der Mehrheitsbeschluß ohne weiteres als Ausdruck des Gesamtwillens gilt (d. h. ohne daß die Minderheit erst folgen muß), ist im allgemeinen ein Anzeichen für die Wandlung zum Körperschaftlichen ⁴⁸. Doch abgesehen davon, daß gar nicht mit Sicherheit zu er-

⁴⁶ *Fr. von Wyß* Abhandlungen 58 f.; dem widerspricht allerdings die mähliche Erringung des Mehrheitsprinzips und seine Ungefestigkeit in den Offnungen: *O. von Gierke* Über die Geschichte des Majoritätsprinzips in: *Essays in legal history* 1913 318 ff.

⁴⁷ *Vorn* 81.

⁴⁸ *O. von Gierke* a. a. O. 320 ff.; *A. Heusler* Institutionen I 255 ff. und § 56 S. 267 ff. passim sieht jedoch das Mehrheitsprinzip während des ganzen Mittelalters, in Übergehung der Periode der Folgepflicht, in Geltung.

mitteln ist, ob die Folgepflicht sich in der Zeit der Offnungen noch zum eigentlichen Majoritätsprinzip weitergebildet habe, erscheint dieses letztere für sich allein als zu wenig tragfähig, als daß mit ihm als einzigem Argument die Körperschaftlichkeit der Gemeinde bewiesen werden könnte ⁴⁹. Als ebenso wichtiges Merkmal wie die Verbindlichkeit der Mehrheitsbeschlüsse müßte vielmehr die Verwirklichung des Autoritätsprinzips im Verbande herangezogen werden ⁵⁰; in diesem Punkt ist es für die Gemeinde aber außer Zweifel, daß die Autorität in der Hand des Zwing- und Bannherrn versammelt war und daß auch die Dorfbeamten sie aus seiner Hand empfangen und wiederum dieser Autorität dienten. So ist die Gemeinde, obwohl sie auf dem Weg dazu war, im Mittelalter wohl nicht mehr zur Körperschaft geworden ⁵¹.

Unabhängig von der ersten Frage ist die zweite zu beantworten, ob die Dorfgemeinschaft als Gesamtheit, wenn sie den Einung setzt, hoheitliches Recht oder privates Recht anwende und ob sie je nach dem an der öffentlichen Rechtsordnung teilhabe oder nicht. Von Anfang an gilt es dabei zu bedenken, daß der Einung nicht unbeschränkte Gebietsherrschaft in der Dorfmark zum Inhalt hat. Ihm sind gewöhnlich die Wälder des Grundherrn nicht unterstellt. Mit dieser Ausnahme umfaßt der Einung aber die Herrschaft in einem Gebiet, das um vieles größer ist als das eigentliche Gesamtvermögen der Genossenschaft: die Allmenden. Die Gemeinde bannt Teile dieses Gebiets und setzt auf den Bannbruch Bußen, die sie grundsätzlich selbst zu beziehen berechtigt ist. In diesem Recht aber, Bußen auf eigene Gebote zu setzen und zu beziehen, überschreitet die Gemeinde den privaten Bereich der Verwaltung ihres Vermögens und übernimmt die Verwaltung des Gemeinwesens ⁵². Die Sphären des Privaten und des Hoheitlichen liegen hier gewiß nahe beieinander. Die

⁴⁹ Im Anschluß an Heusler und in Dogmatisierung von dessen Lehre will *F. Zimmermann* Die Rechtsnatur der altbayerischen Dorfgemeinde und ihrer Gemeinudenutzungsrechte 1950 29 und 75 ff. den Beweis für die Körperschaftlichkeit der altbayerischen Dorfgemeinde lediglich durch den Nachweis der Geltung des Mehrheitsprinzips erbringen, wofür er sich, beim Mangel an Weistümern, auf Prozeßakten stützt.

⁵⁰ *Gierke* a. a. O. 333 f.: das Majoritätsprinzip allein schafft keine juristische Person. «Irgendwie wird in jedem sozialen Organismus kraft der verfassungsmäßigen Funktionenverteilung das Majoritätsprinzip durch das Autoritätsprinzip ergänzt.»

⁵¹ *H. Fehr* Deutsche Rechtsgeschichte 4. A. 118.

⁵² Vgl. O. Adlikon RQ I 11 Art. 26 Abs. 2: der einzelne, der in der gebannten Zelge etwas «stehen» hat, erhält in der Offnung nur die Gewähr, daß ihm rechtzeitig verkündet wird, wann die Zelgen aufgetan werden.

Wirtschaftsgenossenschaft, die sich die Nutzung des Gesamtgutes durch die Genossen zur Aufgabe gemacht hat, und die Gemeinde, welche nur die landwirtschaftlichen Anliegen des Dorfes hoheitlich ordnet, sind kaum auseinanderzuhalten. Den Übergang von der Wirtschaftsgenossenschaft zur Gemeinde zu fassen, hat die Forschung große Mühe: allmählich nur, scheint es, erhält das Dorf Befugnisse, welche wir als hoheitliche qualifizieren können⁵³. Unter ihnen stehen die Bußsatzung und der Bußbezug, steht der Bann voran.

Denn so wie Zwing und Bann hoheitliches Recht zum Inhalt hat, so ist der Einung — der aus Zwing und Bann heraus differenzierte Bann — hoheitliches Recht. Der Einung begründet eine Pflicht jedes Gemeindegossen gegenüber der Gesamtheit der Genossen, welche die Zuständigkeit und — vielleicht nur mittelbar — die Macht hat, die Erfüllung dieser Pflicht zu erzwingen und welche daher als dem einzelnen übergeordnet erscheint. Diese Erkenntnis wird nicht dadurch erschüttert, daß — wie wir sehen werden⁵⁴ — das Gebotsrecht der Gemeinde unter zürcherischer Herrschaft zwar auf Zwing und Bann allgemein erweitert, aber nicht auf die neuen, völlig anders gearteten Aufgaben, welche das Gemeinwesen erfordert, erstreckt wird. Hier wird dann die zürcherische Obrigkeit wirksam, welche der Gemeinde ihre nächsten hoheitlichen Aufgaben zwar beläßt, über alle neuen Regelungen aber selbst befinden will. Daß die Gemeinde in Zwing und Bann des Grundherrn eintritt und daß ihr Einungsrecht so vor allem auf das Efadengebot erweitert wird, bedeutet in den meisten Fällen nur eine Zunahme ihrer hoheitlichen Funktionen, nicht die erste Übernahme solcher.

Fast wichtiger noch, als in der Ausübung hoheitlichen Rechtes die Selbständigkeit der Gemeinde zu erkennen, ist es aber, die enge Bezogenheit auf die Herrschaft zu sehen; zu sehen, wie die Gemeinde doch ganz von den höheren Rechtskreisen umfassen wird, wie sie innerhalb der

⁵³ *Fr. von Wyß* Abhandlungen 59; *G. Pedotti* Beiträge zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Gemeinden ... im Kanton Graubünden 1936 28; *K. S. Bader* Entstehung und Bedeutung der oberdeutschen Dorfgemeinde *ZwürttL* 1 (1937) 271 ff. und 276 ff. erkennt drei geschichtliche Voraussetzungen für die Umwandlung: die Auflösung der Grundherrschaft, die Ausgleichen der ständischen Unterschiede und die Festigung des individuellen Besitzrechts. — Dagegen geht wohl die Auffassung von *A. Stahel* Gemeindebürgerrecht und Landrecht im Kanton Zürich 1941 97 f. zu weit, die der Gemeinde erst nach ihrer Eingliederung «als Selbstverwaltungskörper und als obrigkeitlicher Verwaltungsbezirk» in das entstehende zürcherische Staatswesen übertragenes staatliches Imperium zubilligen will.

⁵⁴ Hinten 126 f.

gewandelten Grundherrschaft und unter den höheren Gerichtsherrschaften steht. Wenn die Gemeinde im Bann auch eine hoheitliche Funktion ausübt, so ist damit doch nur *eine* solche Funktion — die ihrem wirtschaftlichen Leben am nächsten stehende — in ihre Hände gelegt. Die bedeutsameren Funktionen mittelalterlicher staatlicher Organisation, die Setzung neuen Rechts und die Gerichtsbarkeit, standen für das Gebiet der Gemeinde nicht ihr allein beziehungsweise ausschließlich der Herrschaft zu ⁵⁵. Angesichts dieses Umfangenseins der Gemeinde von herrschaftlichen Gewalten denkt man gewöhnlich an einen dauernden Kampf des herrschaftlichen und des genossenschaftlichen Prinzips. Gewiß haben wir Nachricht von schier nicht enden wollenden Machtkämpfen zwischen Gemeinde und Herrschaft ⁵⁶. Gleichwohl waren sie nicht die Regel und betrafen zumeist vermögenswerte Berechtigungen ⁵⁷, seltener Rechtsinstitute der Gemeinde wie den Einung ⁵⁸. In der Erhaltung ihres Einungsrechts war die Gemeinde nicht bedroht, sie wurde darin vielmehr gestärkt. Die Herrschaft half zur Durchsetzung des Bannes; sie hinderte das selbständige Recht der Gemeinde nicht, verwirklichte es vielmehr und unterstützte so die Eigenständigkeit der Gemeinde ⁵⁹. Die Gemeinde war in den höheren Rechtskreisen nicht befangen, vielmehr in ihnen aufgehoben. War die hoheitliche Funktion, die sie selbst übte, gering, gemessen am Ganzen der mittelalterlichen Staatsorganisation, so war es doch die einzige, nach der in der Gemeinde ein wirkliches Bedürfnis bestand, die einzige, für deren richtige Ausübung die Gemeinde Gewähr gab. Jedenfalls hält es aber schwer, die hoheitlichen Elemente der Gemeindetätigkeit von den rein privatrechtlichen zu scheiden ⁶⁰.

⁵⁵ K. S. Bader *ZwürttL* 1 (1937) 287 ff.

⁵⁶ Vgl. P. Kläui *Die Gerichtsherrschaft Flaach-Volken* 1932 106 f. und 160 ff.

⁵⁷ Horgen 1492—96 über Zehnten, J. Strickler *Geschichte der Gemeinde Horgen* 1882 66 f.; wegen Verweigerung der Vogttagwen und Vogthühner: Berg a. L. 1539 RQ I 497 Nr. 7; wegen Überschreitung der Bußgrenzen durch den Gerichtsherrn: Altikon 1541 RQ I 232 Nr. 19.

⁵⁸ Flaach 1528 um die Abgrenzung des Einungs gegen niedere Gerichtsbarkeit, P. Kläui *Flaach* 160.

⁵⁹ O. Brunner *Land und Herrschaft* 1942 391 betont, daß herrschaftliches und genossenschaftliches Prinzip nicht feindliche Mächte seien. «Vielmehr gibt gerade das germanische Herrschaftsprinzip aus den Grundgedanken von Huld und Treue, Schutz und Hilfe den Raum frei für die Entfaltung genossenschaftlichen Lebens, namentlich in der Landgemeinde.»

⁶⁰ O. von Gierke *Das deutsche Genossenschaftsrecht* I 609 ff.

III. Die Entwicklung des Einungsrechts unter den örtlichen Zwing- und Bannherrschaften

In den meisten Quellenstellen tritt uns das Einungsrecht der Gemeinde als bestehendes Recht entgegen. Wo zudem von einem Ort nur *eine* Rezension der Offnung erhalten ist, fehlt von vornherein die Möglichkeit, verschiedene Zeiten zu betrachten. Aber selbst wenn uns Rezensionen aus weit auseinanderliegenden Zeiten überliefert sind, wird nicht immer ein Wandel erkennbar. Gern wurde das geschriebene Gewohnheitsrecht nur wieder abgeschrieben, während das geltende Gewohnheitsrecht sich selbständig und ohne Rücksicht auf die Sätze der Offnung weiterbildete. So lauten in beiden Rezensionen der Offnung Schwamendingen die Sätze über den Einung gleich, annähernd gleich lauten sie in denen der Offnung Höngg⁶¹. Die erste Rezension der Offnung Fluntern verweist für den Einung auf die Offnung Höngg, für den Holzeinung im besonderen stellt sie die Teilung der Bußen zwischen Propstei, Forster und Gemeinde fest⁶². In der zweiten Rezension finden sich nur Erweiterungen dieser Ordnung. So wird ausdrücklich gesagt, daß die gewöhnlichen Einungsbußen zwischen Propstei und Gebursami halbiert werden; dieses Teilungsverhältnis entspricht dem beim Holzeinung angewandten, welcher seinerseits unverändert gilt. Für den Holzeinung wird sodann noch der Geltungsbereich umschrieben; ihm sollen die nicht unterstellt werden, welche der Herr nicht pfänden kann⁶³. In diesen Fällen, in denen die Propstei Zürich Zwing- und Bannherr ist, wird aus noch so weit auseinanderliegenden Rezensionen keine Veränderung offenbar. Wo die Bestimmungen nicht wörtlich dieselben sind, sind sie nur breiter und ausführlicher⁶⁴.

Gleichwohl gibt es seltene Anzeichen für eine Veränderung des Rechtszustandes in der Richtung wachsender Selbständigkeit der Gemeinde. Die erste äußerst knappe Rezension der Offnung Rüfers sagt schon, daß die Einungsbußen zwischen dem Propst ($\frac{1}{3}$) und den villani ($\frac{2}{3}$) geteilt werden⁶⁵. Die spätere Rezension schreibt vor, daß die Gebursami, wenn sie einen Einung setzen will, «eim amptmann zû rüffen

⁶¹ Hotz Sp. 12 § 17; Sp. 44 § 23/24; Stutz RQ 13 Z 19 ff., 32 Z 31 ff.

⁶² GW IV 324 Z 4 f. und 5 v. u. ff.

⁶³ ZSR 4 b 141 Abs. 4/5, 143 Abs. 5.

⁶⁴ Angesichts dieses gleichmäßig frühen Erscheinens des Einungs in den Offnungen des Großmünsterstifts dürften wir annehmen, auch in Meilen, dessen erste Offnung ihn nicht erwähnt, sei er zu dieser Zeit schon der Gebursami zugestanden.

⁶⁵ GW IV 327 Z 29 f.

vnd mit sinem willen machen» soll. Kann der Ammann jedoch nicht anwesend sein, so kann doch die Mehrheit der Genossen endgültig beschließen ⁶⁶. Das kann nur eine Abschwächung einer früher weitergehenden herrschaftlichen Mitsprache sein. Hätte die Herrschaft sich ein neues Recht auf Mitwirkung bei der Einungssatzung zusprechen wollen, so hätte sie es wohl nicht im selben Atemzug wieder durch eine so bedeutende Ausnahme illusorisch gemacht. Auch die schon besprochene subsidiäre Zuständigkeit des Propstes deutet in dieselbe Richtung früheren umfassenderen Rechtes der Herrschaft, von dem diese nur noch ein Überbleibsel ist ⁶⁷. Weiter sahen wir, daß an einzelnen Orten nicht etwa die Dorfbeamten mit dem Willen der Mehrheit den Einung setzen sollen, sondern daß der Meier mit der Mehrheit zuständig ist ⁶⁸. Sofern für denselben Ort eigentliche Dorfbeamte bezeugt sind, darf man auch noch in dieser Zuständigkeit des grundherrlichen Meiers zur Leitung der Gemeindeversammlung ein Überbleibsel einer ehemals bestimmenden herrschaftlichen Einungsgewalt sehen ⁶⁹. Endlich heißt der ausdrückliche Ausschluß der herrschaftlichen Zuständigkeit, daß das Einungsrecht als ein Hoheitsrecht der Gemeinde nicht selbstverständlich und nicht von Anfang an zustand ⁷⁰.

Tritt uns so einerseits das Einungsrecht als unzweifelhaftes Recht der Gemeinde aus den Offnungen entgegen und zeigen selbst Offnungen, die in zeitlicher Folge für dasselbe Dorf galten, keine Veränderung, so fehlt es also andererseits doch nicht an Zeichen dafür, daß der Einung erst im Laufe der Zeit ein Recht der Gemeinde geworden ist. Das kann jetzt noch die Reihe der Offnungen Embrach bestätigen. Die erste Rezension aus dem Jahre 1370 läßt überhaupt fast alle Anzeichen einer organisierten Gemeinde vermissen; den Hofleuten steht nur zu, den Forster zu wählen. Wiewohl dem Propst Zwing und Bann sowie die Niedergerichtsbarkeit zusteht, sollen alle Gebote vom Vogt ausgehen ⁷¹. Die nächste

⁶⁶ Ca. 1400 StAZ A 97.4 «Meilen» Art. 15.

⁶⁷ Vorn 79.

⁶⁸ Vorn 78 bei N 4.

⁶⁹ Daß außer dem herrschaftlichen Meier eigentliche Gemeindebeamte vorhanden sind, geht aus den O. Örlikon und Nöschikon nicht, wohl aber aus der O. Männedorf hervor. Während der Meier mit der Gebursami im allgemeinen Einungen setzt über Holz und Feld, geben die Fünfer mit der Mehrheit die Brachen aus, C. Bindschedler Geschichte der Gemeinde Männedorf 1938 17 Art. 30.

⁷⁰ Vorn 33 N 7.

⁷¹ StAZ Urk. Embrach Nr. 1045, gedruckt bei K. Dändliker Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich I 1908 240 ff. Art. 8, 14, 34.

Rezension kam 1518 kurze Zeit vor der Säkularisation des Klosters zustande; der damalige Propst, Heinrich Brennwald, änderte manche der überholten Bestimmungen ab⁷². Insbesondere behält der Propst sich gegenüber des Vogts Geboten sein eigenes Gebotsrecht bei 3, 6 und 9 Schillingen vor. Die «Gotteshausleute» der ersten Rezension erscheinen nun als eine wohlorganisierte «Gemeinde», welcher außer der Wahl des Forsters die der Dorfmeier zukommt. Die Dorfmeier haben «all ehafft sachen in holtz vnd veld by des bropsts büßen» zu gebieten und die Übertreter dem Propst anzuzeigen. Sie üben die dörfliche Schiedsgerichtsbarkeit aus. Die Sachen aber, über welche zu entscheiden ihnen nicht zusteht, sollen «sy lassen an ein gmeind langen», welche mit Mehrheit darüber entscheidet⁷³. Dieses sind nun allerdings nicht *die* neuen Bestimmungen, welche der Reformtendenz des Propstes zuzuschreiben sind⁷⁴. Wenn in dieser Offnung eine gutorganisierte Gemeinde erscheint, so ist dies vielmehr Niederschlag der seitherigen Entwicklung, Niederschrift des gewordenen Gewohnheitsrechts. Ansätze zu dieser Gemeindeorganisation mögen 1370 schon ausgebildet gewesen sein, doch sie hatten noch nicht solche Bedeutung, daß sie auch das Herrschaftsverhältnis mitgestalteten, von dem die Offnung Kunde gibt. Nun aber handhaben die Dorfbeamten die herrschaftliche Gebotsgewalt; sie ist ihnen übertragen. Die rechtliche Organisation des Dorfes ist herrschaftlich und gemeindlich zugleich. Außer dem herrschaftlichen Gebot haben die Dorfmeier gemeindliche Aufgaben; von der Gesamtheit der Gemeindeaufgaben steht den Dorfbeamten nur ein Teil zu; welcher Teil es ist und welcher andere Teil der Gemeindeversammlung zusteht, bestimmt eine interne Zuständigkeitsordnung, welche die Herrschaft nicht berührt und welche daher in der Offnung nicht aufgeführt ist. Ob der Gemeinde unter den Sachen, zu welchen die Dorfmeier nicht zuständig waren, der Einung zukam, ist ungewiß, oder mit größerer Gewißheit zu verneinen; wir vermuten hier nur eine Zuständigkeit zu dorfgerichtlichen Entscheidungen⁷⁵. Denn auch die Offnung Berg am Irchel erwähnt eine interne Zuständigkeitsordnung zwischen Dorfmeiern und Gemeindeversammlung; allein dort verbietet der Propst aus dem Eigentum des Stifts an Efaden, Allmenden,

⁷² R. Hoppeler Das Kollegiatstift St. Peter in Embrach II 1922 72 ff.

⁷³ GW I 114 Abs. 2, 8—11.

⁷⁴ R. Hoppeler a. a. O. nennt als solche Änderungen den Verzicht auf Fall und Laß und deren Ersetzung durch einen Geldbetrag, die Aufhebung der Bestimmung, daß nur Gotteshausleute Erbgüter innehaben können, und die Einführung des freien Zugs.

⁷⁵ Vorn 42 f.

Wunn und Weid heraus der Gemeinde und den Dorfmeiern, die Allmen- den ohne seine Erlaubnis zu öffnen ⁷⁶. Das Stift Embrach hat in seinen Dörfern die Ausübung der Zwing- und Banngewalt, auch soweit sie auf die Bewirtschaftung Bezug hat, eifersüchtig sich selbst vorbehalten. Die ausgebildete Gemeindeorganisation mochte zum Wirtschaftsband jeweils die Anregung geben, sie konnte das Einzelgebot für den Propst an seiner Statt handhaben, aber sie besaß wohl nicht ein aus Zwing und Bann herausgelöstes Einungsrecht. Zu einem solchen brachte sie es erst nach der Säkularisation des Stifts, unter zürcherischer Obrigkeit. In den Rezensionen 1543 und 1551 wird, wie vordem das niedere Gebot des Propsts gegenüber dem des Vogts, jetzt das Gebot der Gemeinde von 3, 6 und 9 Schillingen gegenüber dem allgemeinen Gebot des Untervogts vorbehalten. Diese Gebotsgewalt steht ihr in «der gmeind sachen jnn holz, veld, wun, weid vnd eefaden» zu. Der Vogt soll diese Bußen um den dritten Pfennig einziehen. Die Dorfmeier haben auch jetzt — unter der Banngewalt der Gemeinde — nur ausführende Funktion; sie sollen «all ehafft sachen jn holtz vnnd veld by des dorffs gebotten vnnd potten beliben lassen» und die Übertreter dem Vogt anzeigen. Dem Dorf, der Gemeindeversammlung steht die Banngewalt zu; da sollen «weder vogt, dorffmeyer noch jemandts daran nützit enderen oder nachlassen hinder einer gmeind, die sollichs gesetzt hat» ⁷⁷. In die ungeteilte Banngewalt des Stifts ist nach dessen Aufhebung die Dorfgemeinde eingetreten. Anders als zum Beispiel in den Offnungen des Großmünsterstifts, nach denen das Einungsrecht der Gemeinden schon zu Anfang des 14. Jahrhunderts ausgebildet war, läßt das Stift Embrach seinen Dörfern keine so große Selbständigkeit, behält vielmehr selbst die Aufsicht über die Wirtschaft. In solchen Unterschieden wird die Politik der Grundherren offenkundig. Am einen Ort macht der Grundherr sich die genossenschaftliche Organisation nur dienstbar, um seinen Zwing und Bann zu üben, am andern gibt er dieser Organisation selbst einen beschränkten Bann in die Hand.

Ebenso sorgsam wie das Stift Embrach hütet die Herrschaft von Wiesen- dengen — wo dem Junker von Hegi Zwing und Bann zusteht — die eigenen wirtschaftlichen Bannrechte. Hier will es sogar scheinen, daß in der jüngeren Offnung die Selbständigkeit der Gemeinde gegenüber der älteren eingeengt sei ⁷⁸. Doch nach der älteren Offnung konnte die Gemeinde zwar einen weiteren Bann — über den herrschaftlichen hinaus —

⁷⁶ 15. Jh. RQ I 495 Art. 8 und 10.

⁷⁷ StAZ A 97.3 Rez. 1543 p. 21 f.; Rez. 1551 p. 29 f.

⁷⁸ Vorn 78.

aufsetzen, aber sie konnte es wohl auch damals nicht ohne Einwilligung des Meiers, dem jedenfalls der Bannschatz, d. h. die Buße, ungeschmälert gehört ⁷⁹.

Das Recht der Gemeinde zum Einung ist zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenem Ausmaß wirklich geworden. So wie das Recht als ganzes sich herausbildete, so entwickelten sich auch die einzelnen Seiten seiner Gestaltung. Auf die Entwicklung dieser einzelnen Gestaltungen sind wir zumeist schon bei ihrer Besprechung eingegangen. So zeigte sich etwa, daß an einzelnen Orten die Gemeindebeamten von der leitenden Funktion bei der Einungssetzung zu einer selbständigen setzenden Funktion kommen ⁸⁰. Ob wir etwa auch darin, daß die Buße teils jedenfalls, teils nur dann zwischen Gemeinde und Herrschaft geteilt wird, wenn die Hilfe der letzteren nötig ist, eine Entwicklungslinie sehen dürfen, ist zweifelhaft. Wenn ja, so nur in dem Sinne, daß die herrschaftliche Durchsetzung des Gemeindeeinungs so regelmäßig war, daß die Buße tatsächlich immer geteilt wurde. Denn ich glaube nicht, daß der Bußenteil der Herrschaft von der Abtretung des Rechts an die Gemeinde herkommt; die Quellen sagen vielmehr selbst, daß er ein Entgelt für die Durchsetzung ist ⁸¹. Auf die Entwicklung hin betrachtet mögen allerdings beide Gedanken wirksam gewesen sein; wenn die Gemeinde sich allmählich in den Besitz des Bannrechts setzte, war es für den Herrn wichtig, wenigstens einen Teil seines vermögenswerten Rechtes zu behalten, andererseits mochte es ihm zur Rechtfertigung seines Bußenteils dienen, daß er für die Gemeinde ihren Teil einzog.

IV. Die Entwicklung des Einungsrechts unter zürcherischer Obrigkeit

Eine grundlegend neue Epoche in der Entwicklung unserer Gemeinden eröffnet die zürcherische Obrigkeit. Seit dem Ende des 14. Jahrhunderts erwirbt Zürich Herrschaft um Herrschaft, Dorf um Dorf ⁸² und ruft eine eigene Verwaltung für die Landschaft ins Leben, deren wichtigste Stützen die Untervögte in den Gemeinden ⁸³ und die Ober-

⁷⁹ GW IV 277 Art. 3 a. E.

⁸⁰ Vorn 85 f.

⁸¹ Vorn 94 f.

⁸² K. Dändliker Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich II 3 ff.

⁸³ Vgl. E. W. Kunz Die lokale Selbstverwaltung in den zürcherischen Landgemeinden im 18. Jh. 1948 8 ff.

vögte in den Ämtern sind. Neben Dörfern, für welche Öffnungen aus der Zeit der Grund- und Gerichtsherren erhalten sind, haben wir eine ganze Gruppe von Dörfern angetroffen, für welche nur zürcherische Öffnungen erhalten sind ⁸⁴. Allein die Beobachtung, daß auch diese Öffnungen vom Einung künden, lehrt schon, daß die Zuständigkeit zum Einung der Gemeinde in dieser Zeit grundsätzlich erhalten bleibt. Ja, an einzelnen Orten verdankt die Gemeinde das Einungsrecht erst der zürcherischen Herrschaft, wie wir es für Embrach dargestellt haben. Der Inhalt dieser Zuständigkeit hat aber nach verschiedenen Seiten Änderungen erfahren.

Zuerst fällt eine Spezialisierung des Einungsrechtes auf. Selten kommt sie so zum Ausdruck, daß ein bestimmter Bann herausgehoben und daß die auf seiner Übertretung stehende Buße der Höhe nach in der Öffnung genannt wird ⁸⁵. Die Gemeinde kann in diesem Fall nur noch den Zeitpunkt des Bannbeginns bestimmen. Viel häufiger aber ist die Einschränkung des Einungsrechts dadurch, daß der Holzeinung zum Gegenstand einer besonderen, unter Mitwirkung der Obrigkeit oder von ihr allein aufgestellten schriftlichen Holzordnung gemacht wird. Damit kann die Gemeinde nicht mehr Einungen setzen «über Holz und über Feld». Diese Einschränkung geht aber auch weiter als der früher besprochene, aus dem Eigentum des Grundherrn sich ergebende Vorbehalt des Holzbanns ⁸⁶. Jener betraf die Gemeindehölzer, wenn solche da waren, nicht. Die zürcherischen Holzordnungen werden aber gerade zum Schutz der Gemeindehölzer erlassen. Auch in ihnen werden feste Bußen genannt. Die Gemeinde ist bloß an der Durchführung und am Ertrag der Bußen beteiligt. Nur in Albisrieden hatte die Gemeinde eine gewisse Zeit lang noch Einfluß auf den Holzeinung. Schon die zweite Rezension, unter der Grundherrschaft der Propstei ergangen, nennt den Holzeinung, wie er jeweils gesetzt sei, neben dem allgemeinen Einung besonders ⁸⁷. Nachdem dann in der Reformation das Stift zwar die Gerichte, nicht aber die «brüchen und ordnungen in holtz und in völd» der Stadt abgetreten hat ⁸⁸, wird das Holz zwar weiterhin dem Einung, den «gstift und gmeind mit einanderen» aufsetzen, unterstellt, daneben aber noch einer

⁸⁴ Vorn 44 f.

⁸⁵ O. Ober- und Niedersteinmaur 1581 Schauberg Z 95 Art. 52: über Schneiden und Heuen; Weinger Amsrecht 1637 Pestalutz I 118 Abs. 2: Schneiden der Stroffelweide.

⁸⁶ Vorn 62 f.

⁸⁷ 15. Jh. RQ I 120 Art. 28.

⁸⁸ O. 1561 RQ I 129 Z 19 ff.

von den Obervögten bestimmten Holzbuße⁸⁹. Doch auch dieser Einung wird nicht mehr im ganzen Umfange und auch nicht mehr selbständig gesetzt; in der Öffnung 1561 werden feste Einungssätze genannt; und das Bannen kommt, weil die Obervögte eine den Einung übersteigende Frevelbuße gesetzt haben, nicht der Gemeinde, sondern dem Untervogt zu⁹⁰. Nach den übrigen Holzordnungen aber ist das eigentliche Bannen des Holzes nicht mehr nötig; die geschriebene Holzordnung, welche das Ausgeben des Holzes festlegt und welche die Bußen nennt, enthält schon den Bann über das Holz; der Bann wird nur durch die Bewirtschaftungsbeschlüsse der Gemeinde auf die Zeit des Holzschlags allgemein gehoben; für kleinere Holzbedürfnisse des einzelnen wird der Bann durch die Bewilligung der Gemeinde gehoben⁹¹. Ja, selbst der Flurbann wird etwa in eine solche zürcherische Holzordnung aufgenommen; in allgemeiner Weise wird da umschrieben, daß nach dem Ansäen, dem Besichtigen durch die Geschworenen und dem Einzäunen kein Vieh mehr in die Zelgen gelassen werden darf, daß also nach Beendigung der Bewirtschaftungsarbeiten die Zelgen gebannt sind⁹². Da bleibt für das immer neue Setzen des Einungs durch die Gemeinde kein Raum mehr. Es ist jedoch wahrscheinlich, daß in solchen Bestimmungen einfach das immer wieder gesetzte und so Gewohnheitsrecht gewordene Bannrecht seine Niederschrift gefunden hat. Das Setzen des Banns, das alljährlich wiederkehrt und dessen Inhalt im wesentlichen gleichbleibt, hat an sich schon eine große Neigung zu gewohnheitsrechtlicher Erstarrung⁹³; diese mag gerade in einer Zeit eingetreten sein, in der man obrigkeitlich darauf drang, die in der Gemeinde geltende Ordnung fixiert zu haben. So können selbst die zürcherischen Holzordnungen in beschränktem Maße doch noch Recht wiedergeben, das die selbständige Gemeinde gesetzt hat.

Aber außer durch Spezialisierung und durch gewohnheitsrechtliche Erstarrung wird das Einungsrecht der Gemeinde ausnahmsweise auch sonst eingeschränkt. So entscheiden Bürgermeister und Rat, daß der Vogt den Versammlungen der Gemeinde Benken beiwohnen dürfe⁹⁴. Und in

⁸⁹ 1561 RQ I 126 Art. 4.

⁹⁰ Gemäß Wädenswiler Herrschaftsrecht, Pestalutz II 150 Art. 26, ist der Obervogt zuständig, die Hölzer in der Vogtei zu verbannen; hier ist aber einfach der herrschaftliche Holzbann der Herren von Wädenswil auf den Obervogt übergegangen; die Bestimmung stimmt fast wörtlich mit derjenigen des Hofrodels von 1409 überein, ZSR 4 b 95 Abs. 2 und 96 Abs. 1.

⁹¹ Adliswil 1571 RQ I 15 Art. 2.

⁹² Adliswil 1571 RQ I 16 Art. 4.

⁹³ Vorn 66 f.

⁹⁴ Vorn 79 N 6.

der Gemeindeordnung für Höngg wird bestimmt, «das ein gmeind zû Höngg über hienach bestimpte bûßen dheine andere bûßen, was nit alte gerechtigkeiten, unnder inen selbs ufzûsetzen gewalt ald fûg haben, sonnders, so sy zû schirm irer gûteren oder anndern dinngen eines banns und straffen notwendig, dasselbig ohne vorwûssen und bewilligung irer ober-vôgten . . . nit fûrhand nemen»⁹⁵. Der Obrigkeit scheint es gleichgültig zu sein, ob die Gemeinde als selbständiger Rechtskreis bestehe; es kommt ihr darnach nur darauf an, daß überhaupt in der Gemeinde Ordnung sei; und diese erachtet Zürich dann am ehesten für gewährleistet, wenn den obrigkeitlichen Beamten ausreichende Aufsicht zusteht.

Doch das ist nur eine Seite der zürcherischen Obrigkeit. Schon in dieser Gemeindeordnung von Höngg werden nur solche Bußen verboten, welche nicht «alte gerechtigkeiten» sind. Der Einung als Flurbann ist aber gewiß eine alte Gerechtigkeit; er erscheint in der Ordnung insofern, als die Zwölfer jährlich fünfmal die Zelgen beschauen sollen, «namlich wen man sy inleit, und wan sy wider ußgand»; sie sollen auch das Holz verbieten, entweder bei der genannten Buße von fünf Schilling oder bei einer, welche die Gemeinde und die Geschworenen bestimmen⁹⁶. Der Einung selbst steht der Gemeinde also noch zu, aber es ist der Einung als Flur- und Holzbann. Die Gemeinde hat im Laufe der Jahrhunderte aber zugenommen an Einwohnern und an Aufgaben. Jetzt werden Ofenbeschauer, Feuerwehreute und Nachtwächter ernannt; wenn diese ihren Pflichten nicht nachkommen, schulden sie Bußen⁹⁷. Solche neuen Aufgaben darf die Gemeinde nicht einfach mit Bußsetzung selbst regeln. Das Einungsrecht bleibt bei seinem beschränkten Inhalt; es wird nicht auf die neuen Aufgaben der Gemeinde erstreckt⁹⁸.

Gleichwohl erfährt das Einungsrecht unter zürcherischer Obrigkeit Erweiterungen. Einmal ist leicht begreiflich, daß das Efadengebot, welches vorher der Zwing- und Bannherr regelmäßig sich vorbehalten hatte⁹⁹, jetzt der Gemeinde zusteht. Die Gemeinden haben jetzt «der eefaden zûnen, grâben, wâsseren vnnd anderer dyngen halb, was vnnd souyl das Buwrecht betrifft, vnnd nit wyter by dem gemeynen Eynung zubyetten

⁹⁵ Stutz RQ 52 Z 6 ff.

⁹⁶ Stutz RQ 54 Art. 10, 55 Art. 14.

⁹⁷ Stutz RQ 54 Art. 6, 7, 56 Art. 21.

⁹⁸ Das Einungsrecht ist alles andere als «dehnbar», wie *E. Osenbrüggen*, auf der Umschreibung der Gegenstände durch F. von Wyß fußend, es auffassen wollte, *Baltische Monatsschrift* 12 (1865) 56.

⁹⁹ Vorn 60 f.

wie von Altemhar»¹⁰⁰. Oder es heißt, daß, wer die Efaden zu machen säumig wäre, «der sol nach altem bruch mit des grichts botten darzü gehalten, und selbige büß ir der gmeind blyben»¹⁰¹. Mit dem Efaden-gebot wird das Einungsrecht vor allem in einer Richtung erweitert: Der Gemeinde steht jetzt auch ein Einzelgebot zu, nicht nur der allgemeinverbindliche Bann. Nur die schadhafte Zäune müssen zu machen geboten werden. Nur einzelnen wird das geboten.

Noch auf anderem Wege kommt die Gemeinde zu einer auch das Einzelgebot umfassenden Gebotsgewalt. Das hat die Entwicklung in Embrach gezeigt. Die Gemeinde, der unter der Grundherrschaft der Flurbann nicht zustand, tritt nach ihrer Aufhebung in das Gebots- und Verbotsrecht des Zwing- und Bannherrs ein¹⁰². Sie gebietet bei 3, 6 und 9 Schillingen; diese Bußsteigerung ist auf das Einzelgebot abgestimmt, während der allgemeine Flurbann mit einem einzelnen festen Bußsatz auskommt. Ein dreifacher Bußsatz kennzeichnet noch das Einungsrecht anderer unter zürcherischer Obrigkeit stehender Orte¹⁰³. Ja, die Öffnung Ober- und Niedersteinmaur zeigt nebeneinander die Spezialisierung des Einungs auf Heuen und Schneiden mit festgelegter Buße und die allgemeine Gebotsgewalt mit dreifachem Bußsatz¹⁰⁴. Hier wird es denn besonders deutlich, daß das eigentliche Einungsrecht der Gemeinde als ein Recht zum Flurbann im Laufe der Entwicklung spezialisiert wurde und gewohnheitsrechtlich erstarrt ist, daß andererseits durch die Aufhebung der Zwing- und Bannherrschaften, beziehungsweise durch den Übergang von Zwing und Bann an Zürich die Gemeinde zu neuer allgemeinerer eigener Gebotsgewalt gekommen ist. Denn diese Zuständigkeit zu Gebot und Verbot in wirtschaftlichen Dingen mit dreifachem Bußsatz hat die Gemeinde jedenfalls erst spät, direkt von der früheren Zwing- und Bannherrschaft erworben. Es kommt ihr jetzt zu, «ze bieten und ze straffen»¹⁰⁵, während ihr unter der Zwing- und Bann-

¹⁰⁰ Regensberger Herrschaftsrecht 1538 Pestalutz I 194 Art. 48; ähnlich Andelfinger Herrschaftsrecht 1534 Pestalutz II 53 Art. 1 § 2; O. Töb 1536 GW I 134 Abs. 4; Walder Hofrodel 1586 Pestalutz I 179 Art. 40.

¹⁰¹ Stutz RQ 58 Art. 27.

¹⁰² Hingegen sind mir Fälle rechtsgeschäftlichen Erwerbs aus dem zürch. Gebiet nicht bekannt; Beispiele aus bernischen Rechtsquellen gibt H. Rennefahrt SBAG 10 (1952) 54 ff.

¹⁰³ O. Dielsdorf (1556—1562) RQ II 335 Art. 51; ein zürcherischer Spruch für Dachsen 1511 RQ II 221 Art. 1, dessen Bußsatz in die O. übernommen wird, RQ II 236 Art. 16; O. Töb 1536 GW I 134 Abs. 4.

¹⁰⁴ Schauberg Z 93 Art. 11, 95 Art. 52.

¹⁰⁵ O. Dielsdorf und Ober- und Niedersteinmaur zit. N 103/4.

herrschaft im wesentlichen nur das Bannen von Holz und Feld zustand. Dieses letztere ist der ländliche Einung im eigentlichen Begriff, das allgemeine Gebot und Verbot ist ein im Laufe der Entwicklung Hinzugekommenes.

Erfuhr so die Zuständigkeit der Gemeinde zur Ordnung ihrer wirtschaftlichen Belange eine bedeutende Erweiterung, so liegt die Annahme nahe, sie sei nun auch stark genug gewesen, diese Ordnung durchzusetzen. Die Organisation der Gemeinde, die im 16. Jahrhundert immer weniger Wesenszüge der ursprünglichen Wirtschaftsgenossenschaft zeigte, dafür sich aber mehr und mehr auf die Aufgaben eines eigentlichen Gemeinwesens ausrichtete, sollte stark und unabhängig genug gewesen sein, ihre Gebote durchzusetzen. Es heißt denn auch, daß der Obervogt sich der Einungsbußen «nicht belade»; doch immer noch muß er sie einziehen, wenn die Gemeinde ihn darum anruft ¹⁰⁶.

Die Teilung der Bußen — so sahen wir schon — ändert von der Drittelung unter den früheren Herrschaften im allgemeinen zur Halbierung unter zürcherischer Obrigkeit ¹⁰⁷. Doch gilt dies nicht durchwegs. Vielmehr gehören die Bußen oft ganz der Gemeinde; in diesem Falle erhält die begrenzte Höhe des Bußsetzungsrechts eine besondere Bedeutung: Bußen, welche diese Grenze überschreiten, ob sie nun der Obervogt anlege oder ob die Gemeinde selbst sie setze, gehören jedenfalls der Obrigkeit ¹⁰⁸. Die Höhe der Buße grenzt den Rechtskreis der Gemeinde gegen den obrigkeitlichen ab.

Sehen wir aus all dem, daß die Selbständigkeit der Gemeinde, wie sie im Einung rechtliche Gestalt gewinnt, unter zürcherischer Obrigkeit sich erhalten hat, ja, dank dem hinzutretenden Einzelgebot erweitert worden ist, so ist doch diese Erweiterung eher eine formelle; seinem Inhalt nach nämlich ist das Einungsrecht kaum erweitert worden, wohl aber haben die Aufgaben der Gemeinde als eines Gemeinwesens an Vielfalt und Umfang stark zugenommen. Im Verhältnis zu diesem neuen Aufgabenkreis erscheint die fast ganz an den materiellen Einungsbegriff gebundene Selbständigkeit der Gemeinde kleiner als unter der örtlichen Zwing- und Bannherrschaft. In allen diesen neuen Aufgaben regiert die zürcherische Obrigkeit in die Gemeinde hinein.

Besondere Einschränkungen brachte das interkommunale Verhältnis

¹⁰⁶ Regensberger Herrschaftsrecht 1536 Pestalutz I 194 Art. 48; Andelfinger Herrschaftsrecht 1534 Pestalutz II 53 Art. 1 § 2.

¹⁰⁷ Vorn 94 N 88.

¹⁰⁸ Dachsen 1511 RQ II 221 Z 28 f.; O. Rümlang 1503 Schauberg B 4 146 Art. 18; Regensberger Herrschaftsrecht 1536 Pestalutz I 194 Art. 48.

mit sich. Die Obrigkeit mußte dazu sehen, daß die Gemeinden in Frieden miteinander auskamen. Wo interkommunale Weid- und Allmendgenossenschaft Anlaß zu Streitigkeiten gab und die gegenseitige Verkündung des Einungs¹⁰⁹ zu ihrer Vermeidung nicht ausreichte, mußte das Bannrecht eingeschränkt werden. So entscheiden Bürgermeister und Rat zwischen den Gemeinden Breite und Nürensdorf, daß jede von beiden gegen mißbräuchliche Nutzung der anderen ihren Gerichtsherrn «umbeynen bann über gerürte höltzer anruffen» könne¹¹⁰. Zwischen Altstetten und Schlieren wurde unter Vermittlung der Obervögte eine Weidgangsordnung aufgestellt; wenn die Zelge, auf welcher beide Gemeinden zur Brache weiden, Korn oder Hafer trägt, darf keine weiden, bis jede ihre Frucht eingebracht hat; der Bann über diese Zelge wird in allgemeiner Formulierung als ein Abkommen zwischen beiden Gemeinden gesetzt¹¹¹. So werden die Gemeinden, welche zusammen mit den örtlichen Herrschaften ohne andere Beziehungen als die aus der Weidgenossenschaft sich ergebenden unabhängig nebeneinander bestanden hatten, der sich bildenden einheitlichen Landeshoheit eingefügt. Merkmal dieser Eingliederung ist vor allem der zürcherische Untervogt, den nicht die Gemeinde wählt, für dessen Ernennung sie bloß einen Dreieuvorschlag einreichen darf¹¹². Ob dieser Unterstellung unter die zürcherische Landeshoheit mit ihren organisatorischen Neuerungen, welche die Gemeindeorganisation wo nicht formell so doch sachlich verdrängt¹¹³, und ob der vielen neuen Aufgaben des ausgebildeten Gemeinwesens, tritt der ländliche Einung zurück.

Wenn schon die mittelalterliche Dorfgemeinde mit der aus der Helvetik und der Entwicklung des letzten Jahrhunderts hervorgegangenen politischen Gemeinde nichts zu tun hat, wenn sie auch nur eine kümmerliche Fortsetzung in der zürcherischen Zivilgemeinde gefunden hat, so haben manche der am Institut des Einungs aufgewiesenen Gestaltungen doch im heutigen Gemeinderecht wieder Geltung. Vergleichen wir zum Beispiel die Beschränkung des Einungsrechts aus Rücksicht auf den

¹⁰⁹ Vorn 70.

¹¹⁰ 1537 RQ II 142 Nr. 5.

¹¹¹ 1755 RQ I 310 Nr. 19.

¹¹² E. W. Kunz Die lokale Selbstverwaltung in den zürcherischen Landgemeinden im 18. Jh. 1948 8 ff.

¹¹³ Deutlich wird das in der O. Albisrieden 1561 RQ I 134 Art. 17: obwohl der obrigkeitliche Untervogt und der grundherrliche Hofmeier genug sind, alle Aufgaben zu erledigen, sollen «dennoch zů mehrer erhaltung der rechtsamminen der stift, item der hüberen und hußgenossen zů Rieden» vier Dorfmeier gewählt werden.

zukünftigen Nutzen der Gemeinde mit der heutigen Staatsaufsicht über die Gemeinden, die ebenfalls hauptsächlich gegen kommunale Mißwirtschaft gerichtet ist, so erkennen wir eine Gleichheit der rechtlichen Gestaltung, die wir zwar nicht der ununterbrochenen Entwicklung, wohl aber dem aus ähnlichen Verhältnissen heraus ähnlich gestaltenden rechtlichen Denken zuschreiben dürfen. Die Gemeinde ist damals wie heute Grundlage der hoheitlichen Rechtsordnung, zugleich aber ihr am meisten beschränkter innerster Kreis.

Curriculum vitae

Ich wurde am 28. Oktober 1926 in Zürich als Sohn des Oskar Heinrich und der Marie, geb. Boßhard, geboren. Ich bin Bürger von Schaffhausen und Zürich. In Zürich besuchte ich die Schulen und schloß 1946 mit der Realmatur ab. Im Wintersemester 1946/47 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich seither die Rechte studierte. Im Sommer 1949 besuchte ich den Kurs der «Académie de droit international» im Haag. Am 12. Juli 1952 schloß ich meine Studien mit dem Doktorexamen ab.

Oscar Vogel

